

DE LA PRIME IMPOSÉE aux souscripteurs d'actions

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(Sciences Juridiques)

Présentée et soutenue le Mardi 29 Mai 1928, à 13 heures et demie

PAR

Jeanne VANDAMME

Licenciée ès lettres

Président : M. PERCEROU.

Suffragants } M. DONNEDIEU DE VABRES, *Professeur ;*
 } M. MAURICE PICARD, *Chargé de cours.*

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU ET C^{ie}, ÉDITEURS

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1928



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553020_0083

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses ; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.

DE LA PRIME IMPOSÉE aux souscripteurs d'actions

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(Sciences Juridiques)

Présentée et soutenue le Mardi 29 Mai 1928, à 13 heures et demie

PAR

Jeanne VANDAMME

Licenciée ès lettres

Président : M. PERCEROU.

Suffragants { M. DONNEDIEU DE VABRES, *Professeur* ;
 { M. MAURICE PICARD, *Chargé de cours*.

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU ET C^{ie}, ÉDITEURS

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1928

UNIVERSITEIT DE LEEUWEN
DE LA PRIME IMPOSEE
aux souscripteurs d'actions

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(sciences juridiques)

JEAN VAN DER WERF



LIBRAIRIE VAN NELLE

A MON GRAND-PERE
A MON PERE
A MA MERE
A CELLES ET A CEUX QUI FURENT MES MAITRES

On n'est que trop
accoutumé... à voir abandonner sans peine les grands principes pour suivre des vues arbitraires. Il faut avoir des règles fixes, invariables et certaines ; autrement on ne fait que brouiller les choses, et porter le désordre dans la Société.

BOUTARIC, *Traité des droits seigneuriaux...* (Des
lods § XIII, VIII).



BIBLIOGRAPHIE

ACCARIAS. — *Précis de droit romain*. 4^e éd. 1891. Paris, 2 vol. in-8°.

AGUESSEAU (d'). — *Œuvres complètes*. Edition Pardessus, 1819. Paris.

tome XIII : *Mémoire sur le commerce des Actions de la Compagnie des Indes*.

AILLIÈRES (d'). — Voir CAILLARD d'AILLIÈRES.

ALLIX et LECERCLÉ. — *L'Impôt sur le revenu ; impôts cédulaires et impôt général*, 1926, Paris, Rousseau, 2 vol. in-8°.

AMIAUD (André). — *Des comptes de réserves dans les sociétés par actions*, 1^{re} éd. 1912, Paris, Sirey, 1 vol. in-8°.

— *Traité théorique et pratique des comptes de réserves dans les sociétés par actions*. 2^{me} éd. 1920. Paris, Sirey, 1 vol. in-8°.

ANDRÉADÈS (A.). — *Histoire de la Banque d'Angleterre*, 1904. Paris, Rousseau, 2 vol. in-8°.

ARCHIVES NATIONALES. — *Documents A D + 754*.

AUBRY et RAU. — *Cours de Droit civil français*. 5^e éd., 1897-1922. Paris, Godde, 12 vol. in-8°; tome VI, 1920, revu par Etienne Bartin.

BAGGINI. — *Comparsa conclusionale, per la Banca di VANDAMME : Pr. imp. Sousc. d'Act.*

Busto Arsizio contro l'Amministrazione delle Finanze dello Stato. Questioni : 1^a Inammissibilità della pretesa fiscale ; 2^a Non tassabilità del soprapprezzo delle azioni di nuova emissione.

Roma, Tip. Bertero e C., 1910.

BARATIN. — *De la prime d'émission d'actions. Sa nature juridique. Cas d'augmentation du capital social.*
Rev. des Soc. 1920, p. 65 à 72.

— *De la prime d'émission d'actions. Sa nature juridique. Son affectation.* Rev. des Soc. 1921 p. 1 à 11.

BAYART (Pierre). — *Les apports en société et le privilège du Trésor en matière de contribution extraordinaire.*

Journ. des Soc., 1923, art. 2923, p. 49 sqq.

BERTRAND (J.). — *Calcul des probabilités*, 2^e éd. conforme à la 1^{re}. 1907, Paris, Gauthier-Villars.

BESSON (Emmanuel). — *Traité pratique des Impôts cédulaires et de l'impôt général sur le revenu*. 1922.
Paris, Dalloz. 1 vol. in-8°.

— *Traité pratique de la contribution extraordinaire des bénéfices de guerre et de l'impôt cédulaire sur les bénéfices commerciaux et industriels*. 3^e éd. 1919. Paris, Dalloz. 1 vol. in-8°.

BINET (E.). — *Du caractère juridique des primes d'émission.* Rev. de l'enreg. 1920, art. 7146, p. 545 à 557.

BONELLI. — *La questione del soprapprezzo e la personalità giuridica della società di commercio.*

Riv. di dir. comm. 1909-1, p. 237 à 248.

BORNIER (Ph.). — *Ordonnance de Louis XIV sur le Commerce*. Nouvelle édition 1767.

Paris, 1 vol. in-12.

BOSSY (Louis). — *De l'augmentation et de la réduction du capital dans les sociétés par actions*. Thèse, 1899, Paris.

BOSVIEUX. — Notes au Journ. des Soc., 1918, p. 302, 1920 p. 211, 1927 p. 83.

CAILLARD D'AILLIÈRES (Bernard). — *La prime d'émission en droit fiscal*. Thèse 1924 Paris.

CAPITANT (Henri). — *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)* 2^e éd. 1924 Paris, Dalloz, 1 vol. in-8°.

CAVELIER (Marcel). — *La gestion des fortunes mobilières*. 1926. Paris, Delagrave, 1 vol. in-8°.

CHAILLEY-BERT. — *Les Compagnies de colonisation sous l'Ancien Régime*. 1898. Paris, Colin, 1 vol. in-18.

CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD. — *Traité des droits d'enregistrement, de timbre, d'hypothèques et des conventions à la loi du 25 ventôse an XI*, 2^e éd. 1851, Paris, 5 vol. et un supplément in-8°.

CHIRONI (G. P.), — *L'imposta di ricchezza mobile e il sopraprezzo delle azioni*. — Note sous Cour d'appel de Milan, 30 novembre 1909. Riv. del dir. comm. 1910-2-74 à 87.

— *Ancora sulla imponibilità del sopraprezzo nelle azioni di nuova emissione*.

Riv. del dir. comm. 1912 - 1 - 972 à 985.

COCHUT (P. A.). — *Law, son système et son époque*. 1853,
Paris, Hachette, 1 vol. in-16.

CORBIAU (J.). — *De la participation bénéficiaire du directeur devant les amortissements dans les sociétés anonymes*.

Rev. prat. des Soc. 1908, n° 1878, p. 117 à 122.

— *Observations*.

Rev. prat. des Soc. 1909 p. 226.

— *De la nature juridique des primes d'émission en cas d'augmentation du capital des sociétés anonymes*.

Rev. prat. des Soc. 1913, n° 2303, p. 107 à 116.

— *Un dernier mot à propos de la nature juridique des primes d'émission*.

Rev. prat. des Soc., 1913, n° 2308, p. 131 à 133.

— *Observations*.

Rev. prat. des Soc., 1913, n° 2321, p. 190-191.

CORNIL (G.). — *Note*. Belgique judiciaire. Bruxelles, 1908,
p. 923 à 928.

CUQ (Edouard). — *Manuel des institutions juridiques des Romains* 1917.

Paris, Plon-Nourrit, 1 vol. in-8°.

DACHER (Gustave). — *De la priorité de souscription dans les émissions de titres*. Thèse, 1913, Paris.

DASTÉ (Pierre). — *La prime d'émission dans les sociétés par actions*, 1925.

Paris, Sirey, 1 vol. in-8°.

DE GREGORIO (A.). — *Sulla tassabilità del sovrapprezzo delle azioni*.

Riv. di dir. comm. 1908 - 1 - p. 301 à 313.

DEMOGUE (René). — *Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance.*

Rev. trim. de dr. civ. 1905 p. 723 sqq.

— *Traité des obligations en général.* 1923 - 1925.

Paris, Rousseau, 5 vol. in-8°.

DE NOTARISTEFANI (R.). — *Il sovrapprezzo delle azioni di nuova emissione delle società anonime e la sua tassabilità come ricchezza mobile.*

Conclusions du procureur général devant les chambres réunies de la Cour de cassation de Rome. Riv. di diritto civile 1910, p. 231 à 242.

DIE ENTSCHIEDUNGEN DES REICHSGERICHTS. — Vol. 32 p.

247 ; vol. 46 p. 265.

E. B. — *Il collocamento in riserva del sovrapprezzo delle azioni e il cod. di comm. germanico.* Riv. del dir. comm. 1912-1-307 à 308.

FAGNIEZ (G.). — *Documents relatifs à l'histoire de l'industrie et du commerce, 1898-1900.*

Paris, 2 vol. in-8°.

— *Une Banque de France en 1608.* — Nogent-le-Rotrou, impr. Daugeley-Gouverneur (s. d.) Notice in-8° de 8 p. (Extrait du Bulletin de la Société de l'histoire de Paris et de l'Ile de France Mars-Avril 1896).

FORBONNAIS (Véron de). — *Recherches et considérations sur les finances de France depuis 1595 jusqu'en 1721.* Liège, 1758, 6 vol. in-12.

FRÉMERY (A.). — *Etudes de droit commercial.* 1833, Paris.

GALLIÉ (Louis). — *Des émissions d'actions avec primes*.
La Gazette des sociétés et du droit financier. Mai
1921 p. 59.

GILSON (Ferdinand). — *Le régime fiscal des primes
d'émission d'actions*. — Moniteur des Intérêts
matériels. Bruxelles et Paris, 21-22 juin 1920,
p. 2909-2910.

— *De l'usage du droit de préférence à la souscription
d'une augmentation de capital, lorsque ce droit
est réservé à une seule catégorie d'actionnaires
et que les actions dont on majore le nombre sont
cotées fort au-dessus du pair*. — Moniteur des
Intérêts matériels, Bruxelles et Paris, 1^{er} sept.
1920, p. 4037-4039.

HAMEL (Joseph). — Note sous Cons. d'Et. 24 mars 1926.
D. P. 1928-3-5.

HOUPIN. — *Du caractère et de l'affectation de la prime
d'émission d'actions*. — Journ. des Soc. 1915,
art. 2416, p. 145 à 161.

— *Du caractère des primes d'émission d'actions. Con-
séquences aux points de vue fiscal et civil*. —
Journ. des Soc. 1921, art. 2780, p. 241 à 247.

— *Conséquences, au point de vue civil, du caractère
des primes d'émission*. — Journ. des Soc. 1922
art. 2858 p. 145 à 151.

HOUPIN et BOSVIEUX. — *Traité général théorique et pra-
tique des sociétés civiles et commerciales et des
associations* 5^e éd. 1924 ; 6^e éd. 1927-1928. Paris
Sirey, 3 vol. in-8°.

- HOUPIN et MAGUÉRO. — *La contribution sur les bénéfices de guerre*. 3^e éd. 1917. Paris, Sirey, 1 vol. in-8°.
- JEANNIN (J.). — *La vie financière des sociétés d'après l'étude des statuts et des bilans*. 2^e éd., 1925, Paris, Delagrave, 1 vol. in-8°.
- JOLY (C.). — *Quelques observations à propos de la prime d'émission des actions*. — Ann. de dr. comm. 1927 f. 257-259.
- LECERCLÉ (Marcel). — *L'Impôt cédulaire sur les bénéfices industriels et commerciaux* 1922. Paris Imprimerie Nationale.
- LEHMANN (Karl). — *Das Recht der Aktiengesellschaften*. — Voy. II. 297. 1904, Berlin, C. Heymann.
- LYON-CAEN. — *Observations*. Congrès international des sociétés par actions. Compte rendu sténographique 1890. p. 132 n° 13. Paris. Rousseau, 1 vol. in-8°.
- LYON-CAEN (L.). — *De l'émission d'actions au-dessus du pair (ou à primes)*. Rev. des Soc. 1909 p. 185 à 188.
- MAGUÉRO (E.). — *Traité alphabétique des droits d'enregistrement de timbre et d'hypothèques*. 2^e éd. 1909, Paris, 5 vol. in-4° avec supplément, 1926, 1 vol. in-4°.
- MANARA. — *Il sopraprezzo delle azioni di nuova emissione e la Imposta di Ricchezza Mobile (à propos de l'arrêt de la Cour de cassation de Rome du 7 janvier 1909)*. Riv. di dir. comm. 1909-1-128 à 145.
- *La pretesa imponibilità del sopraprezzo nelle*

Azioni di nuova emissione e la pretesa personalità giuridica delle Società commerciali (a proposito della Sentenza della Cassazione di Roma, a Sezioni unite, del 19 febbraio 1910). 1911. Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1 vol. in-8°, 132 p.

— *Ancora sulla questione del sopraprezzo delle azioni di nuova emissione in rapporto all' imposta di ricchezza mobile (a proposito delle tre sentenze della Cassazione di Roma, 11 febbraio, 11 e 18 marzo 1911). Estratto dal « Foro Italiano » Anno XXXVI, Fasc. XII. Città di Castello, tipografia dello stabilimento S. Lapi. 1911. — 1 br. in-8° 21 p.*

— *La questione sulla imponibilità del sopraprezzo nelle dottrina belga contemporanea. Riv. del dir. comm. 1913-1- p. 1023 à 1054.*

MICHEL (Jean). — Note sous Req., 21 janv. 1908. Rec. jurid. des Soc., 1920, p. 73-74.

Noté. — Sous Lisieux, 22 février 1917. Rev. Enreg. 1918, art. 6710, p. 36 à 38.

— Sous Req., 21 janv. 1920. Gaz. Pal. 1920.1.284.

— Sous Req., 21 janv. 1920. D. P. 1923-1-207.

PARDESSUS. — *Cours de Droit commercial*, 2^e éd., 1832, Paris.

PERCEROU (Jean). — *Des fondateurs de sociétés anonymes. Thèse*, 1896, Dijon.

PIC (Paul). — *Traité général théorique et pratique de Droit commercial, — Des Sociétés commerciales*,

Collection Ed. Thaller, 1907-1911-1924. Paris, Rousseau, 3 vol. in-8°.

— Rev. des Soc., 1923, p. 262.

PLANIOL. — *Traité élémentaire de Droit civil*, 8° éd., 1915-1921, Paris, lib. gén. de Dr. et de Jurisp., 3 vol. in-8°.

PONT (Paul). — *Commentaire-traité des sociétés civiles et commerciales*, 1872. Paris, 2 vol. in-8°.

POTHIER (*Œuvres de*) contenant les traités du Droit français. Nouvelle édition de M. Dupin, 1835. Paris, 10 vol. in-8°. — Tome III : *Traité du contrat de Société*.

RICCARDI. — *Se il ricavato dal sopraprezzo delle azioni debba figurare come posta attiva nel bilancio delle società per azioni relativo all' esercizio della emissione* (à propos de l'arrêt des Chambres Réunies du 19 février 1910). Riv. di dir. pubb. 1910, II, p. 183 à 192.

RIEMANN (O.). — *Syntaxe latine*. 5° éd., revue par Paul Lejay, 1908. Paris, Klincksieck, 1 vol. in-8°.

ROSIER (Camille). — *Le régime fiscal de la prime d'émission*. L'Information financière, économique et politique des 16, 19, 23 septembre ; 7, 14 novembre 1926 ; 14 janvier, 3 avril 1927.

ROTA (A.-A.). — *Ancora sulla tassabilità del sovrapprezzo*. Riv. di dir. comm., 1909. I, p. 534 à 540.

SAVARY (Jacques). — *Le parfait négociant ou instruction générale pour ce qui regarde le commerce des marchandises de France et des pays étrangers*. Nouvelle édition, 1757-1770. Paris, 2 vol. in-4°.

SAYARY DES BRUSLONS (Jacques). — *Dictionnaire universel de commerce*, 1741. Paris, 3 vol. in-fol.

SCIALOJA (Antonio). — *Gli aumenti di capitale nelle società per azioni e l'imposta di R. M. Riv. di dir. comm.* 1907.1, p. 568 à 573.

THALLER. — *Des nouvelles pratiques financières suivies en matière de sociétés. Emission d'actions à prime, Parts de fondateurs*. Rev. crit. de légis. 1881, p. 519 à 538.

THALLER et PIC. — Voir Pic (Paul).

VALENTI. — *Note sous l'arrêt des Chambres réunies du 19 février 1910*. — Riv. del. dir. comm. 1910-2-232.

VAVASSEUR (A). — *Traité des Sociétés civiles et commerciales*. 6^e éd. 1910. Paris, Marchal et Godde, 2 vol. in-8^o.

VINCENS (Emile). — *Des Sociétés par actions*, 1837. Paris.

VIVANTE. — *Trattato di diritto commerciale*. 3^e éd. tome II, n^o 485.

— *La imponibilità del sovrapprezzo da un nuovo punto di vista*. Riv. del dir. comm. 1910.1, p. 833 à 844.

— *Le piu urgenti riforme legislative del diritto della società*. Riv. delle soc. comm., 1911, p. 415.

WAHL. — *Traité de droit fiscal 1902-1906*. Paris, Chevalier-Marescq, 3 vol. in-8^o.

— *Traité du régime fiscal des sociétés et des valeurs mobilières*, 1909. Paris, Rousseau, 2 vol. in-8^o.

— *Précis théorique et pratique de droit commercial*, 1921-1922. Paris, Sirey, 4 fasc. in-8^o.

— *Etude sur l'augmentation du capital dans les sociétés*.

tés anonymes et les sociétés en commandite par actions. Extrait des Annales de droit commercial de 1893 et 1894. Paris, Rousseau, 1894, 1 vol. in-8°.

- Note sous Civ. 19 nov. 1906. Pandectes françaises périodiques 1909. I. 127.

WISZNIEWSKI (Adam). — *La Méthode historique appliquée à la réforme des banques et des crédits mobiliers. Histoire de la banque de Saint-Georges de la République de Gênes — la plus ancienne banque de l'Europe — et des origines du Crédit Immobilier, du Crédit Foncier, des Tontines et des amortissements y pratiqués au Moyen Age.* 1865. Paris, 1 vol. in-8°.

WODON (L.). — *De la nature juridique des primes d'émission en cas d'augmentation du capital des sociétés anonymes.* Rev. prat. des Soc., 1913, n° 2303, p. 72 à 107.

- *Un dernier mot à propos de la nature juridique des primes d'émission.* Rev. part. des Soc., 1913, n° 2308, p. 129 à 131.

- *Observations.* Rev. prat. des Soc., 1913, n° 2321, p. 191-192.

WOŁOWSKI (L.). — *Des Sociétés par actions.* Paris, 1^{er} mars 1838. Bureau de la Rev. de législ. et de jurisp., 1 fasc. in-8°.

ABRÉVIATIONS

- Ann. dr. comm.** — *Annales de Droit commercial et industriel français, étranger et international.* Paris, Rousseau.
- D. H.** — Dalloz. — *Recueil hebdomadaire de jurisprudence.* Paris, Dalloz.
- D. P.** — Dalloz. — *Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine.* Paris, Dalloz.
- D. Rép. prat.** — Dalloz. — *Répertoire pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence.* Paris, Dalloz, 1910-1926, 12 vol. in-4°, 1 vol. suppl. in-4°, 1927.
- For. it.** — *Il Foro italiano.* — *Raccolta generale di giurisprudenza.* Roma, Società editrice del Periodico Il Foro italiano.
- Gaz. Pal.** — *Gazette du Palais.* — Supplément au journal judiciaire quotidien. Paris.
- Giur. it.** — *Giurisprudenza italiana.* Unione tipografico-editrice torinese — Torino.
- Journ. des Soc.** — *Journal des Sociétés civiles et commerciales.* Paris, Sirey.
- Journ. Enreg.** — *Journal de l'enregistrement et des domaines.* Paris.

Mon. trib. — *Monitore dei Tribunali.* — *Giornale di Legislazione e Giurisprudenza Civile e Penale.*
Milano, Società Editrice Libreria.

Rec. jurid. des Soc. — *Recueil juridique des Sociétés,*
in-4°. Paris, publication des Juris-classeurs.

Rép. enreg. — *Répertoire périodique de l'enregistrement*
(recueil mensuel faisant suite au répertoire général), par GARNIER, Paris.

Rev. crit. de législ. — *Revue critique de législation et de jurisprudence.* Paris, librairie générale de droit et de jurisprudence.

Rev. des Imp. — *Revue des Impôts sur le commerce et l'industrie,* faisant suite à la revue de la contribution sur les bénéfices de guerre. Paris, aux bureaux de la revue de l'enregistrement.

Rev. des Soc. — *Revue des Sociétés,* Paris, Godde.

Rev. dr. fisc. et comm. — *Revue de droit fiscal et commercial.* Paris, Sirey.

Rev. dr. intern. privé. — *Revue de droit international et de droit pénal international.* Paris, Sirey.

Rev. enreg. — *Revue de l'enregistrement, des hypothèques, du timbre et du domaine.* Paris.

Rev. prat. des Soc. — *Revue pratique des Sociétés civiles et commerciales.* Louvain.

Rev. trim. dr. civ. — *Revue trimestrielle de droit civil.*
Paris, Sirey.

Riv. del dir. comm. — *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni.* Casa editrice Dottor Francesco Vallardi. Milano.

Riv. delle soc. comm. — *Rivista delle società commerciali*. Roma.

Riv. di dir. civ. — *Rivista di diritto civile*. Società editrice libraria, Milano.

Riv. di dir. comm. — *Rivista di diritto commerciale, industriale e marittimo*. (Titre porté jusqu'en 1910 par la *Rivista del diritto commerciale...*, ci-dessus citée).

Riv. di dir. pubb. — *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*. Società editrice libraria, Milano.

S. — *Sirey. Recueil général des lois et des arrêts*. Paris, Sirey.

INTRODUCTION

CHAPITRE PREMIER

DEFINITION DE L'EXPRESSION PRIME D'EMISSION

1. *L'émission* d'actions à l'effet de créer le capital d'une société qui se fonde, ou d'augmenter le capital d'une société qui se développe est la condition nécessaire de l'existence de la prime.

Celle-ci peut donc se manifester soit dès la fondation de la société, soit lors d'une augmentation de capital.

Il arrive en effet que les fondateurs exigent des futurs actionnaires, pour chaque action souscrite, une somme supérieure à la valeur nominale du titre délivré. La différence constitue précisément la *prime* dite *d'émission* (1).

(1) L'expression *prime d'émission* n'est pas exacte.

En effet, d'après Riemann (op. cit, p. 99, § 48), le génitif joint à un substantif, indique, d'une façon générale, une relation entre ce substantif et le génitif qui en dépend. Or, il n'y a pas de relation entre la prime et l'émission.

L'émission, d'une part, est le fait de la société. Il consiste, pour celle-ci, à offrir au public, sous certaines conditions, des actions nouvelles à créer. C'est là un fait pur et simple qui se suffit à soi-même.

La souscription, d'autre part, est le fait d'un tiers qui se soumet aux conditions édictées au nom de la société, afin d'acquérir

VANDAMME : *Pr. imp. Sousc. d'Act.* 1

Plus souvent, c'est la société, qui, pour réaliser une augmentation de capital, décidée par l'assemblée générale, émet de nouvelles actions à un prix qui comprend, outre le montant nominal, le montant de la prime.

2. Les fondateurs, ou la société, peuvent rechercher eux-mêmes les capitalistes disposés à souscrire, et ainsi écouler dans le public, par leurs propres moyens, les actions nouvellement émises. Mais ces moyens seraient souvent insuffisants pour atteindre le grand public, lui inspirer confiance et le déterminer à souscrire. Aussi, les fondateurs, ou la société, s'assurent-ils ordinairement le concours de la Banque. Celle-ci demeure un simple agent d'exécution qui se borne à faire bénéficier de ses relations avec le public, et peut-être de son prestige auprès de lui, ceux à qui elle prête ses guichets.

Le souscripteur tient directement ses droits de la société qui se fonde ou augmente son capital. La Banque fait l'office de courtier entre la société et le souscripteur.

Dans ces conditions, la prime appartient à la société, ce qui n'empêche pas que celle-ci puisse en abandonner

les actions offertes. Or, le versement de la prime s'impose à tout souscripteur éventuel : il affecte la souscription.

C'est donc entre les termes *prime* et *souscription* qu'existe la relation de dépendance. D'où nous concluons que l'expression *prime de souscription* est seule exacte. Nous la trouvons d'ailleurs employée par M. le commissaire du gouvernement Andrieux (conclusions sous Conseil d'Etat, 15 février 1923, D. P. 1923-3-11, 1^{re} col., § 2, in fine). En raison de son caractère défectueux, nous nous sommes efforcés de ne pas employer, notamment dans l'intitulé de notre travail, l'expression que nous critiquons.

une partie, ou l'intégralité, à la banque, à titre de courtage.

3. Que la société place directement ses actions dans le public, ou qu'elle les y place par l'intermédiaire de la banque, la souscription intégrale des actions émises est fonction de l'empressement des souscripteurs : elle n'est donc pas instantanée, mais s'étend dans le temps.

La fondation — le mot vise également l'augmentation de capital — est dite *successive* (1).

Grâce à la simplicité de son mécanisme, ce procédé s'était imposé exclusivement à l'attention des rédacteurs de la loi de 1867 (2) ; mais la pratique ne tarda pas à en révéler la déficience.

Les sociétés ne pouvaient entreprendre aucune des opérations, pour lesquelles elles se créaient, avant d'avoir fini d'écouler en détail, dans le public, toutes les actions émises.

4. Ce peut être fort long. Aussi les sociétés qui se fondent, ou augmentent leur capital, ont été amenées à employer un procédé plus expéditif : celui de la fondation dite *simultanée*.

Les actions émises soit au pair, soit avec une prime

(1) E. Thaller, *Syndicats financiers d'émission*. — *Annales de Droit commercial*, 1911, p. 7, sqq.

(2) La loi du 24 juillet 1867 dispose, en effet, dans son article 1, que les sociétés « ne peuvent être définitivement constituées qu'après la souscription de la totalité du capital et le versement en espèces, par chaque actionnaire, du montant des actions ou coupures d'actions souscrites par lui... »

proprement dite, sont souscrites en bloc, telle est l'économie du système. Dès lors, c'est pour ainsi dire instantanément que la société est fondée ou que l'augmentation du capital est réalisée.

Une banque, ou mieux, si l'affaire est importante, un syndicat de financiers acquiert, par l'intermédiaire de son gérant, la totalité des titres émis pour les placer dans le public à un taux plus élevé que le taux d'émission proprement dite, auquel ils ont eux-mêmes souscrit (1).

La banque ou le syndicat sont dits *banque d'émission* ou *syndicat d'émission*.

5. L'expression n'est pas heureuse, car elle prête à contresens. On en a, en effet, inféré à tort que ces établissements procédaient à une émission de titres. Or, cela n'est pas.

Le mot « émission » a, dans la langue du droit, un sens bien précis ; il vise l'acte *social* générateur des titres, actions ou obligations (2). Il désigne le fait simple de la création des titres, fait qui, pour une même série de titres, ne peut être posé qu'une seule fois et *par la société seulement*.

Dès lors, ni une banque dite d'émission, ni un quelconque syndicat financier d'émission, ni même les seuls fondateurs syndiqués, ne sauraient, comme on le lit

(1) Ce procédé paraît n'avoir été introduit que tardivement dans la pratique financière. A la fin du XIX^me siècle, en effet, il soulève encore les protestations des économistes.

V. F. Malapert, *Journal des économistes*, sept. 1880, p. 353.

J. Clément, *Journal des économistes*, oct. 1880, p. 80.

(2) M. E. Chénon regrettait « la pauvreté de notre langage juri-

parfois, jeter sur le marché, par des « *émissions* publiques », à un taux plus élevé, les actions qu'ils viennent de s'adjuger au pair, car il est évident, si le mot *émission* a le sens que nous venons de rappeler, qu'on ne saurait l'appliquer à un placement dans le public de titres déjà souscrits.

6. Mais s'il n'y a pas « *émission* », à fortiori n'y a-t-il pas « *prime d'émission* ».

La différence entre le taux d'émission des titres — prix de revient pour le syndicat, premier souscripteur — et leur prix de vente au public nous apparaît comme un bénéfice pur et simple pour le syndicat vendeur.

C'est par un nouvel abus de langage, très propre à engendrer des confusions, que ce bénéfice est couramment appelé *prime* et même *prime d'émission*, expression usurpée pour qualifier un objet qui n'a rien de commun avec celui de notre étude.

7. En effet, et pour nous résumer, nous entendons par l'expression *prime d'émission*, toute somme qu'un sous-

« dique, qui n'a ni la précision du langage mathématique, ni la souplesse de la langue littéraire ».

(Emile Chénon, *Les démembrements de la propriété foncière en France, avant et après la Révolution*, 2^{me} édit., Paris, Sirey, 1923, p. 5).

Nous ajouterons que, trop souvent, la langue du droit est maniée sans discernement.

Le mépris des définitions, l'emploi illégitime des mots ou, comme dit l'auteur que nous citons, l'anarchie des appellations (*op. cit.*, p. 3), constituent le fond de bien des controverses et tendent à faire, de l'édifice juridique, une nouvelle tour de Babel.

cripteur d'actions, *ayant cause direct de la société émettrice* (1), est tenu de verser à celle-ci, ou à un établissement financier, son mandataire, en sus de la valeur nominale du titre.

(1) Trop souvent astreints à dire ce qu'ils ne veulent pas dire, les mots finissent par perdre leur sens propre. Aussi, pour nous faire mieux entendre, nous croyons-nous autorisés à employer une expression qui constitue un pléonasme.

Tout *souscripteur* d'actions est, en effet, un ayant cause direct de la société, puisque, par définition, c'est un premier preneur des titres.

Les acquéreurs suivants sont des acheteurs et non des souscripteurs.

Cf. Thaller et Pic, *op. cit.*, II, p. 246, note 1.

CHAPITRE II

LA FONCTION ECONOMIQUE DE LA PRIME

I.— LA PRIME PERÇUE LORS D'UNE AUGMENTATION DE CAPITAL. — UNE FORMULE DE SON TAUX.

8. C'est ordinairement en cas d'augmentation de capital qu'une prime est imposée aux souscripteurs des actions à émettre.

Pour les actionnaires nouveaux, le versement de la prime représente alors la contribution qu'ils apportent au fonds commun, en retour des avantages dont ils bénéficient.

A leur entrée dans la société, les associés nouveaux acquièrent normalement sur le patrimoine commun les mêmes droits que les associés primitifs. Ils vont bénéficier notamment des mêmes dividendes, bien que les nouveaux capitaux n'aient contribué en rien à établir la prospérité actuelle de la société ; ils ont également même vocation au partage éventuel du fonds social, bien que les capitaux nouveaux n'aient pas travaillé autant que les anciens à constituer l'actif de la société en liquidation.

Les actionnaires nouveaux trouvent encore, dans leur seule qualité d'actionnaires, des avantages qu'ils doivent uniquement à l'activité et aux sacrifices des actionnaires anciens. C'est ainsi qu'ils acquièrent sur les réserves,

constituées par les seuls actionnaires anciens, les mêmes droits que ceux-ci.

9. Sans doute, l'augmentation de capital est une opération profitable aussi aux anciens actionnaires, car la somme globale des bénéfices réalisés et, partant, la part proportionnelle des différentes catégories d'ayants droit, va se trouver grossie dans les exercices suivants. Il est normal, en effet, qu'avec des moyens d'action multipliés, l'entreprise multiplie son bénéfice.

Cependant, ce rendement supérieur ne se constate pas immédiatement. L'augmentation de capital a, en effet, entraîné des frais qu'il faut d'abord couvrir. De plus, il se produit une sorte de frottement au départ, dans la mise en activité des capitaux nouveaux : les bénéfices à répartir et les réserves à partager ne sont pas immédiatement augmentés dans la même proportion que le capital social.

Les divers ayants droit aux bénéfices, autres que les actionnaires (porteurs de parts de fondateurs, ayants droit à des tantièmes comme administrateurs ou employés intéressés) ne sauraient se plaindre de l'insuffisance de cet accroissement, puisqu'ils en profitent gratuitement. Il n'en va pas de même pour les détenteurs des actions anciennes. Seuls, ils ont à subir sur la part globale qui leur revient, dans les bénéfices et dans les réserves, le concours des copartageants nouveaux, alors que la fraction fixant la quotité de cette part demeure la même. Pour le dire en un mot, les avantages que nous venons de signaler ne peuvent évidemment être acquis aux nou-

veaux actionnaires qu'au détriment des ayants droit primitifs qui éprouvent un préjudice corrélatif égal.

10. Telles sont les conséquences du libre jeu des principes. Les parts sociales sont envisagées in abstracto, indépendamment de toute circonstance contingente qui, telle l'ancienneté, est propre à établir entre elles de réelles différences, sinon de nature, du moins de mérite et, partant, de traitement.

Il appartient à l'initiative individuelle, seule assez souple en face de chaque cas particulier, de tenir compte de ces différences : c'est ce que fait, notamment, l'assemblée générale des actionnaires quand elle établit les conditions d'une augmentation de capital. Pour éviter que les nouvelles actions ne viennent partager indûment les richesses sociales avec les anciennes, autrement dit, en vue d'atténuer la disproportion entre les droits qui sont alloués sur le patrimoine commun, aux nouveaux actionnaires, et ce qui leur en coûte pour acquérir ces droits, on peut décider que les actions nouvelles seront émises à un prix supérieur à leur taux nominal, la différence constituant la prime d'émission (1).

11. Soit une société au capital C divisé en n actions de valeur nominale c , de sorte que : $C = n c$.

(1) Certains auteurs voient dans la prime une indemnité payée aux anciens actionnaires pour les risques qu'ils ont courus jusqu'au jour de l'augmentation de capital.

Cette explication enferme une antinomie. L'indemnité, en effet, ne se conçoit qu'à la condition que les événements redoutés se soient réalisés.

Or, aucun risque ne s'est ouvert puisque, par hypothèse, les affai-

Cette société possède des réserves dont nous représentons le montant par R .

Chaque action possède donc actuellement, sur les divers fonds de réserves, un droit mesuré par l'expression $\frac{R}{n}$

La société décide de porter le montant de son capital social à aC , par l'émission de $n(a-1)$ actions nouvelles, de valeur nominale c ; a étant un nombre supérieur à 1, entier ou fractionnaire.

La part de chaque action dans les réserves est maintenant égale au quotient $\frac{R}{a n}$ (1).

Le montant de la somme que chaque action nouvelle doit verser aux réserves pour y rétablir la part qu'elle y prend, c'est-à-dire le montant de la prime afférente à chaque action nouvelle, est égal à $\frac{R}{a n}$; et le montant global des primes est égal à $\frac{(a-1) R}{a}$ (2).

res sont assez prospères pour que la société puisse imposer la prime aux souscripteurs.

V. contre la thèse incriminée, les critiques de L. Lyon-Caen. *Rev. des Sociétés*, 1909, 187.

(1) D'autre part, la lésion théorique que fait éprouver l'augmentation de capital à chaque action ancienne est évaluée par la différence : $\frac{R}{n} - \frac{R}{a n} = \frac{(a-1) R}{a n}$

(2) Ces formules ne tiennent pas compte de la diminution de la part de bénéfice afférente à chaque action ancienne, diminution qui, au moins dans les premiers exercices postérieurs à l'augmentation de capital, n'est pas compensée par l'accroissement des gains dû à l'amplification des moyens de la société.

Ces formules ne sont d'ailleurs qu'approximatives. Le problème

II.— LA PRIME PERÇUE LORS DE LA FONDATION DE LA SOCIÉTÉ

12. La prime est quelquefois imposée par les fondateurs aux souscripteurs du capital originaire.

Il apparaît immédiatement qu'elle n'est pas appelée alors à remplir la même fonction économique que lorsqu'elle est exigée à l'occasion d'une augmentation de capital, puisque, par hypothèse, la société n'ayant pas encore fonctionné, il n'y a ni réserves, ni anciens actionnaires. L'état favorable du marché, les brillantes perspectives d'avenir de la société la rendent cependant possible.

Nous verrons que les différences entre la prime exigée à la fondation de la société et la prime exigée lors d'une augmentation de capital ne concernent pas cependant les caractéristiques essentielles de l'institution qui, dans l'un et l'autre cas, conserve la même nature juridique.

est, dans la réalité, bien plus complexe et plus délicat et n'admet pas de solution mathématique exacte (V. *infra*, n° 199, note).

En pratique, le montant de la prime est ordinairement inférieur au chiffre que donnerait l'emploi des formules que nous indiquons au texte.

CHAPITRE III

APERÇU HISTORIQUE SUR L'ORIGINE DE LA PRIME

I. — LES GRANDES COMPAGNIES DE COLONISATION

13. Si les principes du contrat de société ont été connus des Anciens et mis en œuvre par eux, plusieurs siècles avant notre ère, sous des formes diverses (1), la division du capital social en actions est un fait qui n'apparaît que tardivement dans l'histoire (2).

Ce furent ordinairement les Etats qui, ayant besoin de très grands capitaux pour leurs entreprises, créèrent les premières compagnies par actions.

Cela s'explique, si l'on considère que la formule tra-

(1) Cf. E. Cuq, *op. cit.*, p. 493, sqq. et les nombreuses références citées. Sur l'histoire des sociétés dans l'antiquité, voir aussi les auteurs cités par P. Pic, Dalloz. Rép. prat. V^e Société, n^o 1.

(2) Les plus anciennes sociétés par actions, dont on ait gardé le souvenir, seraient probablement celles que l'on trouve au Moyen-Age, en Italie, telle la Banque de Saint-Georges, à Gênes, dont l'origine remonte à 1148. V. Adam Wiszniewski, *op. cit.*, p. 1 et 170, 171, 172.

Thaller (*Ann. de Dr. Comm.*, 1901, 187) estime qu'il ne faut pas rechercher l'origine des sociétés par actions en France, au-delà de Henri IV.

D'autre part, Fagniez (*Une banque... op. cit.*) signale, en 1608, le projet d'ailleurs avorté, de la création d'une Banque de France, établie à Paris, sous la forme d'une société par actions, au capital de 1.500.000 livres.

ditionnelle des sociétés, comportant la responsabilité indéfinie des associés, eût fait obstacle à la réunion de gros capitaux et que, pour faire prévaloir les nouveaux principes, devenus nécessaires, de la division du capital en actions cessibles et de la limitation de la responsabilité des associés, il ne fallait rien moins qu'une volonté souveraine.

14. C'est ainsi que les grandes Compagnies de commerce et de colonisation furent créées sous la forme de sociétés par actions (1) déjà perfectionnées (2).

(1) La Compagnie des Indes Néerlandaises, fondée à Amsterdam, en 1602, est l'une des premières sociétés anonymes des temps modernes (V. Chailley-Bert, *op. cit.*, p. 111).

Elle serait la première à avoir émis des actions au porteur (V. Adam Wiszniewski, *op. cit.*, p. 171-172).

Un édit du 10 juin 1664 établit la Compagnie française des Indes Orientales. Son existence fut éphémère. Il lui reste le mérite d'avoir inauguré, en France, l'ère des grandes entreprises par actions.

(2) Dans la déclaration du roi, qui rétablit, en 1664, la Compagnie des Indes Orientales, déclaration que rapporte *Ph. Bornier* (*op. cit.*, au titre des Soc., pp. 76 sqq) les parts sociales sont qualifiées « actions » (§ 1) et on y trouve les clauses usuelles insérées dans les statuts des plus modernes sociétés anonymes.

C'est ainsi que sous le § 1 est prévu :

la libération fractionnée des actions souscrites (un tiers devant être immédiatement versé),

leur libre cessibilité,

la permanence du capital statutaire,

le caractère mobilier du droit de l'associé ;

sous le § II :

la limitation de la responsabilité des associés au montant des actions souscrites ;

sous le § IX :

C'est dans l'histoire de ces compagnies que nous allons saisir, vraisemblablement à son origine même, la pratique de la prime.

Il fut donc établi, aux ^{xvii}^e et ^{xviii}^e siècles, de nombreuses compagnies (1), plus ou moins bien dotées de privilèges, plus ou moins florissantes, mais toutes plus ou moins éphémères.

Leur essor, en effet, était entravé par l'ingérence du pouvoir souverain qui, pour trouver un débouché à son papier avili, exigeait que les actions fussent intégralement payables en billets d'Etat.

Les Compagnies, dont nous avons à nous occuper étaient de plus en butte à l'hostilité du Parlement et à la concurrence de l'Anti-Système, aux mains des frères Paris. Elles languissaient et seraient finalement tombées en ruines, sans l'habileté de Law.

Un édit du mois de mai 1719 (2), rendu à son instigation, ordonne la réunion de la Compagnie des Indes orientales et de la Chine à la Compagnie d'Occident et porte que la Compagnie d'Occident sera « doresnavant nommée et qualifiée Compagnie des Indes » (art. XII de l'Edit).

Cette Compagnie se trouvait ainsi à la tête de presque tout le commerce extérieur.

L'organisation du Conseil d'administration,
l'élection des administrateurs par l'assemblée générale ;
sous le § XVIII :

la réunion annuelle d'une assemblée générale.

(1) Savary des Bruslons, Dictionnaire, *op. cit.*, V^e Compagnie.

(2) Arch. nat. (doc. cit.). L'édit est inséré dans un arrêt du Conseil du 17 juin 1719.

II. — L'EDIT DE MAI 1719 ; ÉMISSIONS D'ACTIONS A PRIME
DE LA COMPAGNIE DES INDES.

15. Les actions de la Compagnie d'Occident ne dépassaient pas le pair quand fut projeté l'Edit de mai 1719. Elles prirent tout-à-coup faveur dans le public, et, avant même la publication de l'Edit, elles se négociaient à cent trente pour cent (1).

Mais l'exercice d'un commerce aussi étendu nécessitait des fonds considérables, alors que les compagnies absorbées n'apportaient guère que des dettes (2).

Aussi l'article VI de l'Edit, qui lui confère son mono-

(1) « Succès si subit et si inespéré » dit Savary des Bruslons, *Dictionn., op. cit.*, V^e Compagnie des Indes, p. 461. On ne peut guère l'expliquer que par les manœuvres de l'agiotage, car la Compagnie d'Occident, fondée en août 1717, n'avait pas deux ans d'existence et, pour les raisons que nous avons indiquées, son essor ne pouvait être que difficile.

(2) Nous lisons, en effet, au texte de l'Edit de mai 1719 :

...« Nous avons vû avec douleur que malgré les bienfaits qu'elles ont reçu de la libéralité du feu Roy nostre très honoré Seigneur et Bisaycul, Ellés (les anciennes compagnies) *n'ont pû se soutenir*. La Compagnie des Indes Orientales establie par Edit du mois d'Aoust 1664, au lieu d'employer à l'agrandissement du Commerce le privilège exclusif qui luy avoit été accordé pendant Cinquante années Et les secours réitiréz d'Argent et de Vaisseaux que le feu Roy luy avoit donnez, *après avoir contracté des dettes dans le Royaume et aux Indes*, a totalement abandonné la Navigation et s'est déterminée à céder à son Privilège à des particuliers... Nous sçavons que ce n'est point à la nature de ce Commerce que le manque de succès doit estre attribué, mais à la *mauvaise Régie* Et que cette Compagnie, à l'exemple de celle des Estats voisins, *auroit pû rendre ce Commerce utile à ses Actionnaires et au Royaume*.....

Nous avons aussi esté informez que la Compagnie particulière de la Chine establie par Arrest de nostre Conseil du 28 novembre 1712

pôle, autorise-t-il la Compagnie des Indes à procéder à une augmentation de capital par l'émission de vingt-cinq millions de nouvelles actions. Ces actions, précise le texte, seront de même nature que celles qui composent les cent millions du capital originaire et seront numérotées en suite de celles-ci.

Les nouvelles actions devront être payées, remarquons-le, non plus comme les anciennes en billets d'Etat décriés, mais en argent comptant, cinq cent cinquante livres pour chaque action de cinq cents livres, *soit avec une prime de cinquante livres.*

16. Le public s'empessa de verser de bonnes espèces en échange des actions d'une entreprise dont les échecs jusqu'alors étaient cependant avérés. Il est plus surprenant encore que Law ait pu exiger, en outre, une prime des souscripteurs, sans que fût compromis le succès de l'émission.

Il fit même plus, car il réussit à doubler l'exigence de la prime de celle d'un droit de préférence (1).

Et par les Lettres Patentes expédiées en conséquence le 19 fév. 1713 Et qui faisait cy-devant partie de la Concession de ladite Compagnie des Indes, *n'a fait aucune usage* du Privilège exclusif qui luy a esté attribué. Et que ce Commerce est encore dans un plus grand dérangement, s'il est possible, que celui des Indes... Et nous avons crû qu'il estoit convenable au bien de nostre Estat, de restablir et d'augmenter le Commerce des François aux Indes et de conserver l'honneur de la Nation, en payant à ces Peuples *les dettes contractées par la Compagnie*. Pour parvenir à l'exécution de ce dessein, Nous avons résolu de supprimer les Privilèges accordez aux Compagnies des Indes et de la Chine, Et de les réunir à celle d'Occident... »

(1) Dans l'empressement du public à souscrire les nouvelles actions

Entre temps, la Compagnie s'était fait céder, pour neuf années les bénéfices sur la fabrication des monnaies et matières d'or et d'argent, pour le prix de cinquante millions. Cette nouvelle perspective de gains fit rechercher davantage les actions et rendit possible une nouvelle augmentation du capital de la compagnie, augmentation qui fut autorisée par un arrêt du Conseil du 27 juillet 1719 (1).

17. Les actions furent émises au taux de mille livres, pour une action au nominal de cinq cents, *soit avec une prime de cinq cents livres* (art. III). Cette fois, la prime n'est pas payable intégralement comptant, mais en même temps que le nominal, en vingt paiements égaux.

De même que les actions de la précédente émission, celles-ci sont réservées aux possesseurs des anciennes actions.

L'émission fut immédiatement couverte et les cours continuèrent à monter.

— *les filles* — Law vit l'occasion d'imprimer en même temps une accélération rapide à la hausse déjà déclenchée des actions primitives — *les mères*. — Le Conseil du roi rendit un nouvel arrêt, le 20 juin 1719 (*Arch. na., doc. cit.*).

L'article III de cet arrêt dispose que l'on ne sera reçu à souscrire qu'à la condition que, outre le paiement des dix pour cent du montant total des souscriptions, on représente pour quatre fois autant d'anciennes actions qu'on en voudra souscrire de nouvelles.

On se disputait les mères pour avoir les filles et les cours haussaient.

(1) *Arch. nat. doc. cit.*

La veille, au cours de la première Assemblée générale de la Compagnie des Indes, Law avait annoncé qu'il serait payé, à partir du 1^{er} janvier suivant, l'énorme dividende de soixante livres par action.

Le 27 août, un arrêt du Conseil donnait à Law le bail des Fermes Générales.

Law confia à sa Compagnie l'exploitation de ce nouveau privilège et réserva ainsi à ses actionnaires les bénéfices appréciables que laissait espérer la perception de tous les impôts indirects du royaume.

Mais Law ambitionnait encore de libérer l'Etat de sa dette, en chargeant de celle-ci la Compagnie. Or, pour faire face à tous les créanciers et parvenir à les rembourser, Law avait besoin de fonds nouveaux : il voulait 1.500 millions de livres.

18. Le 13 septembre, il lance une émission de cent mille actions au nominal de cinq cents livres, mais les souscripteurs sont tenus de verser une *prime de quatre mille cinq cents livres*, ce qui porte la valeur réelle de chaque action à cinq mille livres.

Il est vrai que le dixième seulement de cette somme est exigible comptant et qu'il n'est plus besoin d'exhiber des actions anciennes pour souscrire les nouveaux titres.

19. Les 22 et 28 septembre, deux nouvelles émissions de cent mille actions chacune et, le 4 octobre 1719, une émission de vingt-quatre mille actions sont couvertes dans les mêmes conditions ; mais, en vertu d'un arrêt du 22 septembre, pour mieux solidariser la Banque et la Compagnie, les souscripteurs ne sont admis à se libérer qu'en papier, à l'exclusion du métal.

Il ne se fit plus d'autre émission.

III. — LA PRIME DANS L'EDIT DE MAI 1719

20. Si nous mettons à part certaines particularités que la pratique moderne n'a pas retenues — taux énorme auquel nous avons vu monter la prime, et, par corrélation, fractionnement du paiement de son montant — particularités que nous attribuons à un état singulier d'exaspération et de désordre du marché, il apparaît que c'est bien exactement la prime, dite aujourd'hui prime d'émission, que nous trouvons dans l'Edit de mai 1719, quoique le mot lui-même de *prime* ne figure pas dans ce texte.

En 1719, comme aujourd'hui, la prime était payable au moment même de la souscription ; elle ne donnait ni ne mesurait la vocation à la qualité d'associé, vocation que mesurait seule l'apport proprement dit du nominal ; enfin elle représentait l'indemnité que les nouveaux actionnaires versaient aux anciens pour être admis à jouir des mêmes droits que les leurs.

21. Nous disons que l'Edit de mai 1719 établit nettement la distinction de deux éléments dans le taux des actions dont il ordonne l'émission ; *l'excédent au-dessus du pair* et le *capital de l'action*.

L'édit prévoit, en effet, le paiement comptant de la prime, et, au contraire, des versements échelonnés pour le nominal.

Nous lisons à l'article VII :

« ...il sera ouvert un Livre dans lequel, tant nos
« Sujets que les Estrangers pourront souscrire, *en payant*
« *comptant les dix pour cent d'excédent, Et le Capital*

« de l'Action en Vingt mois, par portions égales de cinq
« pour cent par mois... »

D'autre part, le versement de la prime ne confère par lui-même aucun droit social, puisque le titre (instrumentum) qui justifie de ce droit, ne peut être délivré qu'à raison de l'apport du nominal.

L'article VIII porte, en effet :

« le Caissier de ladite Compagnie ne délivrera aucune
« Action qu'au fur et à mesure des payemens effec-
« tifs du Capital qui luy seront faits ; Et faute par lesdits
« Actionnaires de remplir leurs soumissions dans les ter-
« mes portez par le présent Edit, ils perdront les dix
« pour cent excédens du Capital qu'ils auront payez ».

Enfin, on lit à l'article VI :

« ...Et en considération des dix pour cent que les
« acquéreurs payeront au-dessus du pair, Nous voulons
« qu'elles (les nouvelles actions) jouissent des *mesmes*
« avantages que les autres Actions ».

22. Il est manifeste que la prime de l'Edit de mai 1719, n'a pas été instituée en considération des richesses acquises que les nouveaux actionnaires de la Compagnie des Indes allaient immédiatement trouver dans le fonds social. Nous avons vu, en effet, que les fonds de la Compagnie d'Occident, récemment organisée, étaient insuffisants pour la soutenir et que, au moment même de l'augmentation de capital dont il s'agit, elle héritait du lourd passif des compagnies qu'elle absorbait.

La jouissance « des mêmes avantages que les autres actions » que vise l'art. VI de l'Edit, et que payait la prime, n'est donc qu'une perspective d'avenir et doit

s'entendre uniquement du partage des bénéfices espérés.

23. Ce sera d'ailleurs un fait normal, qu'au début de son histoire, soit pendant tout le xviii^e siècle, la prime correspond bien plutôt à l'avantage de faire partie d'une société prospère et de toucher de gros dividendes, immédiatement répartis, qu'au droit de venir au partage de réserves qui n'existent guère. La constitution des fonds de réserves n'était pas, en effet, de pratique courante à l'époque considérée, pas plus que n'était fixée la notion de permanence du capital social (1)..

Cette dernière caractéristique apparente étroitement la prime instituée en 1719 à celle qui est exigée aujourd'hui à la fondation même de la société, en l'absence également de réserves.

24. Peut-être devons-nous à Law l'introduction de la prime dans la pratique française (2).

A l'époque de l'organisation de la Compagnie des Indes, en effet, l'exigence d'une prime des souscripteurs d'actions constituait vraisemblablement une nouveauté, les sociétés par actions elles-mêmes étant encore assez peu répandues.

(1) Amiaud, *op. cit.*, 1^{er} édit., p. 140, note.

(2) L'innovation expliquerait alors la surprise du Parlement et son refus d'enregistrer l'Edit de mai 1719:

«... Inquiet de toutes ces nouveautés qu'il avait peine à comprendre, le Parlement refusa son adhésion... » Cochut, *op. cit.*, p. 66.

Ce refus donna lieu à un arrêt du Conseil d'Etat du roi du 17 juin 1719. *Arch. nat. doc. cit.*

La hardiesse de conception de Law, la connaissance qu'il avait des grandes institutions du droit commercial de l'époque eussent pu justement le désigner pour ce rôle de novateur (1).

25. D'autre part, on trouve aux XVII^e et XVIII^e siècles, dans les statuts des sociétés par actions, des exemples d'une pratique qui était de nature à suppléer à la stipulation d'une prime et à avoir retardé, jusqu'à la venue de Law, l'usage de celle-ci.

(1) Il avait étudié sur place le mécanisme des grandes sociétés par actions de son temps: les banques d'Amsterdam, d'Angleterre et de Venise.

Or, il est avéré que déjà un *Act de 1709* avait autorisé la Banque d'Angleterre à doubler son capital, au moyen d'une *émission à primes*.

Les actions, au nominal de cent livres, offertes au public au taux de cent quinze livres, furent souscrites en quelques heures le 22 février 1709. (cf. *Andréadès*, op. cit, I, p. 170 qui renvoie à *Ander-son*: *An historical and chronological deduction of the origin of commerce*. 4 vol., Londres 1787-1789 — au vol. III, p. 33).

Quelques années plus tard, vraisemblablement en 1722, la Banque procédant à une nouvelle augmentation de capital de 3.400.000 livres, émit encore les actions nouvelles avec une prime, soit à cent dix-huit pour cent de leur valeur nominale (cf. *Andréadès*, I, p. 200).

— D'autre part en 1720, c'est-à-dire quelques mois seulement après que la Compagnie des Indes émettait ses premières actions à prime, la Compagnie hollandaise des Indes Occidentales obtenait « permission des Etats généraux de faire de nouvelles souscriptions, sur le pied de deux cent cinquante pour cent » Savary des Bruslons, *Dictionn.*, op. cit., v^o Compagnie de Commerce p. 502.

Ces exemples nous prouvent que les émissions d'actions avec prime étaient connues et pratiquées, en Europe, dès le début du XVIII^e siècle.

Cette pratique consistait en ce que, chaque année, à une époque déterminée, la société fixait elle-même le prix de ses actions. Cette évaluation servait de taux pour le cours des titres « mis en commerce », à l'acquisition desquels la société se réservait d'ailleurs un droit de préférence (1).

Il est dès lors probable qu'en cas d'augmentation du capital, les nouvelles actions étaient émises au taux nominal fixé par la dernière évaluation des anciennes. Si ce pair était plus élevé que le pair originaire, l'augmentation de valeur de la part sociale, qui aujourd'hui se traduit par la prime, se traduisait alors par l'élévation de la valeur nominale elle-même du titre souscrit.

26. La chute retentissante des entreprises de Law devait pour longtemps jeter la suspicion sur les formules qu'il avait préconisées en matière de sociétés (2) et

(1) Cf. notamment § XXX des statuts de la Compagnie générale des assurances et grosses aventures de France, créée en 1686. Ph. Bornier, *op. cit.*, p. 145.

La pratique, que nous rappelons au texte est comparable à la pratique des actions sans valeur nominale, « *par value* » que connaît aujourd'hui le droit des Etats-Unis.

(2) Caractéristique d'un état d'esprit général, il se publiait à Londres en 1786 un petit ouvrage anonyme (qu'on a attribué à Brissot de Warville) sous ce titre suggestif : « Dénonciation au public d'un nouveau projet d'agiotage ou Lettre à M. le Comte de S*** sur un nouveau projet de Compagnie d'assurance contre les Incendies à Paris, sur ses inconvénients *et en général sur les inconvénients des Compagnies par actions.*

On lit p. 23 :

« Quand l'orage se prépare, les spéculateurs habiles laissent le

ralentir le développement des entreprises par actions elles-mêmes (1).

En butte à cet ostracisme, la stipulation de la prime paraît à peu près abandonnée, au cours du XIX^e s. (2).

poisson dans la nasse et se retirent. *Voilà l'histoire de toutes les compagnies par actions* ».

Cf. aussi Wolowski, *op. cit.*, p. 20.

(1) Pour une autre raison encore, les principes des sociétés par actions ne trouvaient guère à se développer librement sous l'ancien régime, puisqu'il ne pouvait se former de sociétés par actions qu'avec l'autorisation et sous le patronage du gouvernement. Il faut se garder ici d'une confusion. La société « anonyme », dont parlent les auteurs de l'ancien droit, était non pas la société par actions que nous connaissons aujourd'hui, mais l'association en participation des art. 47 et suiv. du Code de commerce.

Cf. Savary, *Parfait négociant*, *op. cit.* 2^e partie liv. I ch. I. Pothier *op. cit.*, tome 3, Du Contrat de Soc. Ch. II sect. II § III, n^{os} 61 à 63.

La Convention avait aboli toutes les compagnies par actions en général et la compagnie des Indes en particulier, par le décret du 26 germinal an II.

La loi du 30 Brumaire an IV, abrogeant ce décret, permit de former de nouvelles entreprises par actions, mais elle ne comporte aucune réglementation.

C'est ainsi que faite d'une expérience suffisante, à la veille de l'apparition du Code de Commerce, il n'y avait encore, dans la matière des sociétés par actions, ni principes établis, ni règles éprouvées, ni progrès acquis.

(2) D'ailleurs, la défiance qu'inspiraient les entreprises par actions fit que, pendant longtemps, on s'est préoccupé exclusivement de prendre des mesures dans l'intérêt des tiers, dans l'intérêt de l'épargne en quête d'un placement.

Ce n'est que plus tard que la pratique songea à l'autre face du problème, à la protection des droits des anciens associés.

Au sujet des précautions prises, dans l'intérêt des nouveaux

Les rédacteurs de la loi de 1867 n'y font pas la moindre allusion et, à la fin du XIX^e siècle, certains auteurs la présentent encore comme une dangereuse nouveauté, voire même comme « un des plus étranges abus que l'on puisse signaler » (1).

actionnaires, en matière d'autorisation d'augmentation de capital, voyez ce qu'écrivait en 1837, Emile Vincens, conseiller d'Etat — op. cit. p. 89.

Du même auteur, p. 98 : « Plus d'une société anonyme, autorisée par ordonnance, a fait faillite *et trompé le gouvernement et les tiers* ».

(1) Paul Leroy Beaulieu dans l'Economiste français du 8 nov. 1879, p. 558, 1^{re} col.

Au congrès international des sociétés par actions tenu à Paris du 12 au 17 août 1889 il avait été question de supprimer toute émission d'actions au-dessus du pair (v. l'article 13 de l'avant-projet soumis au Congrès). Finalement, la résolution suivante a été votée : « On ne doit admettre l'émission d'actions au-dessus du pair que pendant la durée de la société et à la charge de mettre l'excédent à la réserve ». (Congrès International des Soc. par actions — Compte rendu sténographique, op. cit., p. 132, n° 13).

V. les observations de M. Lyon-Caen (Compte rendu sténogr. (loc. cit.) et celles de M. Wahl (Annales de Droit Comm. 1894, 196, n° 152).

PLAN DE L'OUVRAGE

27. Nous nous proposons de définir la nature juridique de la prime.

Pour tenter de réaliser notre dessein, nous aurons d'abord à discuter les différentes thèses qui ont été soutenues.

Nous verrons que les jurisprudences française et étrangères ont été amenées à décider que la prime constitue un *bénéfice réalisé par la société*, tandis que la doctrine — surtout en Italie et en Belgique — s'élevait contre cette théorie.

Par ailleurs, cependant, lorsque l'administration de l'enregistrement prétend soumettre la prime au droit qui frappe les apports, les tribunaux n'hésitent pas à déclarer que la prime constitue un *apport en société*, se ralliant ainsi à une thèse préconisée par certains auteurs. Nous démontrerons que la prime n'est pas un apport et que c'est à tort que le fisc la soumet au droit proportionnel qui frappe les apports en société.

Nous rencontrerons enfin la thèse de *l'affectation spéciale et du mandat*, imaginée par certaines sociétés pour tenter de se soustraire aux prétentions fiscales.

Aucune des thèses proposées ne nous paraissant satisfaisante, nous reprendrons à notre tour l'étude du problème.

Considérant d'abord la prime elle-même, nous insisterons sur ses rapports avec le droit de préférence. Etudiant ensuite la convention dont elle est l'objet, nous discernons, dans cette convention, soit un contrat de vente,

soit un contrat synallagmatique non dénommé, l'un et l'autre en relation avec le contrat de société.

Enfin, nous basant sur nos conclusions relatives à la nature de la prime, nous déterminerons le régime de celle-ci, soit au point de vue civil, soit au point de vue fiscal.

LIVRE I

De la nature juridique de la prime

TITRE I

La prime constitue-t-elle un bénéfice réalisé par la Société ?

CHAPITRE I

EN FRANCE

28. La question de la nature de la prime est passionnément discutée. C'est que le problème n'est pas enfermé dans la sphère de la pure spéculation : à sa solution sont attachées d'importantes conséquences pratiques, dont la considération a parfois troublé la sérénité de l'interprète du droit.

La jurisprudence est divisée. Elle voit dans la prime tantôt un bénéfice réalisé par la société, tantôt un apport fait à la société par l'actionnaire.

Chez les auteurs, la controverse est vive. La plupart cependant, se sont ralliés à la thèse de l'apport.

L'examen de ces différentes solutions nous révélera leur commune déficience. Nous nous croirons dès lors auto-

risés à exposer notre propre conception de la nature juridique de la prime.

I — EXPOSÉ DE LA JURISPRUDENCE EN MATIÈRE CIVILE. —
CRITIQUE DE SON ARGUMENTATION ET DE SES SOLUTIONS.

29. Les décisions de jurisprudence rendues en matière civile sont peu nombreuses. Les espèces à résoudre ne sont pas variées, elles se ramènent toutes à ce même problème : les primes perçues lors d'une augmentation de capital sont-elles susceptibles de recevoir quelque une des affectations propres des bénéfices sociaux ?

La solution dépend évidemment de la réponse donnée à cette autre question : les primes constituent-elles ou non un bénéfice pour la société ?

Tel est donc, en définitive, le point précis qu'ont eu à envisager restrictivement nos tribunaux.

30. La première juridiction qui, à notre connaissance, a eu à se prononcer en notre matière est le tribunal de Cambrai (1). Voici les faits :

Une société en commandite par actions, qui s'était dissoute en 1862, fut déclarée en faillite par jugement du 28 mars 1864.

Les créanciers assignèrent alors le sieur D..., à raison

(1) La teneur du jugement, dont la date n'est pas indiquée, figure au Sirey, 1866, 2, 158.

de sa qualité de membre du Conseil de surveillance, comme responsable des sommes indûment réparties aux actionnaires, à titre d'intérêts et de dividendes, « sous prétexte de bénéfices qui n'existaient pas » (1).

Or, dans les sommes distribuées aux actionnaires figuraient des « primes d'actions vendues » (2).

En ce qui concerne particulièrement ces primes, le tribunal de Cambrai saisi, avait donc à examiner si celles-ci avaient été régulièrement réparties, parce qu'elles étaient de véritables bénéfices sociaux, ou si, n'étant pas telles, comme le soutenaient les créanciers de la société, leur distribution devait être regardée comme une distribution de dividendes fictifs.

31. Les primes, décide le jugement, « *ont constitué un bénéfice extraordinaire en dehors des affaires de la Société...* »,

(1) Les art. 17 et 31 des statuts étaient ainsi conçus :

Art. 17. — Chaque action donne droit... à un intérêt annuel de 5 % qui sera prélevé avant tout sur les bénéfices, à la portion des bénéfices annuels attribués à chaque action conformément à l'art. 31.

... ..

Art. 31. — Après le prélèvement de tous les frais généraux et des 5 % attribués aux actions, l'excédent de l'actif constituant les bénéfices sera réparti comme suit :

70 % aux actionnaires à titre de dividende

20 % à la gérance à titre d'indemnité.

10 % à la réserve.

(2) C'est l'expression même du tribunal. Cf. S. 1866, 2, 158, 1^{re} colonne, in fine.

L'expression prudente du tribunal révèle certains scrupules. S'il accorde aux exigences de la cause que les primes constituent un bénéfice, il ne croit pas pouvoir le faire sans ajouter immédiatement à sa définition le terme correctif « *extraordinaire* ».

D'autre part, comment la prime est-elle un bénéfice, un bénéfice même extraordinaire, voilà ce que le tribunal ne tente pas de nous montrer.

Il se borne à faire observer qu' « en augmentant le
« nombre des actions, c'est-à-dire en aliénant partie de
« leur propriété, les actionnaires étaient en droit de
« déterminer comme bon leur semblait les conditions de
« cette aliénation ; qu'ils n'avaient contracté d'autres
« obligations à l'égard des tiers que celle de verser dans
« la caisse sociale, la valeur nominale des nouvelles
« actions. »

Mais cette observation n'emporte pas la preuve que la prime est un bénéfice ; la question demeure entière dans ses termes :

la prime d'émission d'actions est-elle un bénéfice social qui peut être distribué aux actionnaires comme tel ?

A l'inverse, doit-elle être assimilée au capital nominal ?

Enfin, constitue-t-elle un actif *sui generis* dont il appartient à l'analyse de préciser les caractères, notamment sa disponibilité entre les mains des actionnaires, vis-à-vis des créanciers sociaux ?

C'est, en un mot, tout le problème de la nature juridique de la prime que le jugement cité n'a pas vu ou a feint de ne pas voir.

32. Le jugement de Cambrai fut porté en appel devant

la Cour de Douai, qui statua par un arrêt du 26 mai 1865 (1).

La Cour se défend de partager les hésitations du tribunal, relativement à la qualification des primes.

« Attendu, dit-elle, que bien que la prime prélevée sur
« l'émission des dernières actions soit un bénéfice extra-
« ordinaire, elle n'en constitue pas moins un bénéfice
« fait par la société et pour la société. »

Mais, poursuit la Cour, « attendu que si le capital
« social n'était pas entier lors de sa distribution, il doit
« en être fait retour par ceux qui l'ont touché... » (2).

(1) S. 1866, 2, 157.

(2) A quoi se rapporte l'adjectif possessif « sa » dans « sa distribution » et quel mot remplace le pronom « l' » dans « l'ont touché » ?

Il n'est pas possible de trouver un sens satisfaisant aux propositions émises par la Cour, si, donnant libre jeu aux lois de la grammaire, on laisse l'adjectif « sa » se rapporter à l'expression « capital social » et le pronom « l' » remplacer cette même expression.

Il n'apparaît alors, en effet, aucune relation entre les deux attendus que nous rapportons et le premier devient inutile puisqu'il n'aboutit à aucune conclusion.

De plus, il ne peut être ici question, du moins dans une saine logique, de la distribution du capital nominal, évidemment visé sous l'expression impropre de capital social puisque l'objet de la distribution est la prime d'émission que la Cour distingue précisément du capital nominal, en y discernant un bénéfice.

Nous estimerions que les rédacteurs de l'arrêt ont entendu viser la distribution et la reddition de la prime, si l'orthographe du mot « touché » (et non « touchée ») ne nous interdisait pas cette interprétation.

Il faut alors que l'adjectif « sa » se rapporte au mot « bénéfice », mot que remplace également le pronom « l' ». — La pensée
VANDAMME : Pr. imp. Sousc. d'Act. 3

33. L'argumentation de la Cour de Douai a été reprise par la Cour de Cassation, dans un arrêt de la Chambre civile du 20 juin 1917 (1).

En l'espèce, la société anonyme A (Société de l'Auto Buire) avait cédé, en paiement d'une dette, dix mille parts bénéficiaires de la société A au porteur, à la société B (société de l'Horme et de la Buire).

La société A, en vue de faciliter le succès d'une augmentation de capital qu'elle projetait, racheta à la Société B les parts qu'elle lui avait cédées. Ce rachat fut convenu moyennant le prix de six cent mille francs, à payer ultérieurement.

L'augmentation de capital eut lieu ; vingt mille actions, au nominal de cent francs, furent émises à cent vingt francs.

La société B souscrivit pour son compte cinq mille actions, sur lesquelles elle versa le quart du nominal plus la prime, soit deux cent vingt-cinq mille francs.

Le solde de sa dette devait se compenser, à due concurrence, avec les six cent mille francs montant de sa créance du chef des parts bénéficiaires rachetées.

Peu de temps après, la société A fut mise en faillite.

de la Cour doit dès lors s'entendre comme si elle était exprimée ainsi :

Attendu que si le capital social n'était pas entier lors de la distribution de ce bénéfice, il doit être fait retour de celui-ci par ceux qui l'ont touché.

(1) S. 1917, 1, 33 avec note de M. Ch. Lyon Caen.

Journ. des Soc., 1918, p. 302 avec une note de M. Bosvieux.

Rev. de l'enreg. 1918, n° 6767.

La société B ayant produit pour une somme supérieure à un million, montant du solde créditeur de son compte courant, le syndic de la faillite contesta sa production à concurrence des six cent mille francs, prix des parts bénéficiaires.

Le tribunal de commerce de Lyon, la Cour de Lyon et la Cour de Cassation décident que le prix du rachat des parts ne pouvait pas être prélevé sur le capital social, la diminution de celui-ci, que ce prélèvement entraînerait, n'étant pas valable à l'égard des tiers, faute d'avoir été portée à leur connaissance par les formalités légales de publicité.

34. La société B, créancière du prix de ce rachat pouvait-elle tout au moins en poursuivre le paiement sur le montant des primes ? Non, répond la Cour de Cassation. Attendu, dit l'arrêt précité de la Cour suprême, du 20 juin 1917, « que le pourvoi soutient subsidiairement que
« l'admission de la créance litigieuse au passif de la faillite aurait dû tout au moins être ordonnée jusqu'à concurrence d'une somme de 400.000 francs, représentant
« le total des primes d'émission encaissées par la Société des Automobiles de la Buire, lors de l'augmentation
« de son capital social, que cette somme *constituant un bénéfice* aurait pu être légalement affectée au rachat des parts bénéficiaires.... Mais attendu qu'il résulte des constatations de l'arrêt attaqué que le montant des bénéfices dont il s'agit, confondu avec le reste de l'actif social, a été absorbé par les besoins de la société. Attendu qu'en présence de cette situation, la société Horme et Buire, nantie d'une créance qui, par son ori-

« gine, n'était susceptible d'être recouvrée que sur des
« bénéfices existants, ne pouvait réclamer à l'encontre de
« la masse de la faillite une partie de l'actif social, lequel
« loin de présenter un excédent était insuffisant pour
« faire face au passif » (1).

35. Il nous paraît impossible de conclure de pareils raisonnements que la Cour de Cassation, après les Cours de Douai et de Lyon (2), ait voulu reconnaître dans la prime un bénéfice pour la société et consacrer, dans les arrêts que nous citons, une thèse définitivement étudiée.

D'abord, ces arrêts n'apportent aucune démonstration à l'appui du principe qu'ils exposent. Ils se bornent à affirmer, sans plus, que la prime est un bénéfice pour la société, soustrayant ainsi aux coups d'une critique directe les arguments sur lesquels ils se fondent, à moins qu'il ne faille inférer de ce silence une carence complète de ceux-ci.

(1) Cette argumentation n'est que la reproduction de celle du tribunal de commerce de Lyon. Attendu, dit le jugement du 26 juillet 1910, « que l'augmentation du capital ayant produit un bénéfice de
« 400.000 frs, par suite d'une prime de 20 francs par action, ce
« bénéfice aurait pu être considéré comme disponible et être affecté
« au paiement du prix du rachat des parts bénéficiaires. Mais atten-
« du que cette affectation à ce paiement n'a pas eu lieu, que le
« montant des primes s'est confondu avec l'ensemble de l'actif
« social, gage exclusif des créanciers sociaux, qu'ainsi, à tous points
« de vue, la créance de la société Horme et Buire n'est pas oppo-
« sable aux tiers représentés par le syndic ».

(2) La Cour de Lyon a, le 14 juin 1911, confirmé le jugement du tribunal de commerce de Lyon du 26 juillet 1910, par adoption de motifs.

Cependant, et tout aussitôt, les arrêts précités remarquent que l'actif social est absorbé par le passif. Il leur est dès lors impossible d'admettre qu'une société en déficit a réalisé des bénéfices. Aussi s'empressent-ils de dénier à la prime les attributs de la nature de bénéfice qu'ils viennent de lui reconnaître. Autrement dit, voici comment argumente la jurisprudence que nous étudions :

Tout bénéfice peut être distribué aux ayants droit ou employé au rachat de parts bénéficiaires. (Propositions implicites). La prime est un bénéfice (Cours de Douai et de Lyon, Cour de Cassation).

Conclusion :

La prime n'a pas été valablement distribuée (Cour de Douai) ;

ni valablement employée au rachat de parts bénéficiaires (Cour de Lyon et Cour de Cassation).

36. Il n'y a que deux façons de rectifier ce raisonnement : il faut en modifier ou la conclusion ou l'articulation mineure. Nos arrêts auraient dû ou bien sanctionner les emplois faits de la prime, c'est-à-dire reconnaître la validité des distributions d'intérêts et de dividendes, faites au moyen des deniers et provenant, et permettre aux vendeurs des parts bénéficiaires de poursuivre le paiement du prix sur son montant, ou bien déclarer que la prime n'est pas un bénéfice.

Mais n'est-il pas manifeste qu'on ne saurait prétendre que la société a réalisé des bénéfices et constater en même temps des brèches dans son capital ?

Il ne suffit pas, pour résoudre la difficulté, d'invoquer une « *confusion avec le reste de l'actif social* », expres-

sion d'ailleurs impropre puisqu'il ne peut être évidemment question que d'un simple mélange de fait.

Cette prétendue confusion ne saurait, en effet, le volatilisant en quelque sorte, faire disparaître un bénéfice qui serait tel par lui-même, *per se*.

37. Il reste dès lors que quelque principe s'oppose à la définition de la prime comme un bénéfice pour la société. L'incohérence du raisonnement de la jurisprudence précitée nous paraît, en effet, provenir d'une erreur de méthode. Cette erreur consiste à tenter de découvrir les caractéristiques du bénéfice social dans la prime d'émission prise isolément, contemplée in abstracto, dans sa forme de somme d'argent, soustraite à toute emprise de la comptabilité sociale.

Nous ne faisons d'ailleurs que saisir ici un cas particulier d'un principe très général à savoir : aucune somme n'entre dans un patrimoine, et, en particulier dans le patrimoine d'une société, pourvue de la nature de bénéfice, d'une façon intrinsèque, absolue et définitive.

En ce qui concerne la société, seul l'inventaire final, fixant les résultats de l'entreprise, attribue la nature de bénéfice aux éléments de l'actif social, en excédent sur le passif (1).

(1) Nous trouvons sous le n° 6928 de la *Rev. de l'Enreg.* de 1919, un jugement (Seine, 7 mars, 1919 ; Southern Aluminium Company), qui fait application, précisément à la matière de la prime, du principe que nous invoquons. Nous lisons :

« S'il est constant que les primes d'émission concourent à l'accroissement du fonds social et font partie des divers éléments

II. — ANALYSE DE LA NOTION DE BÉNÉFICE

38. La notion de bénéfice est une notion essentiellement relative.

Le bénéfice est, en effet, d'une façon très générale, une *différence* positive entre deux termes : une valeur active et une valeur passive.

Seules, ces deux valeurs sont des termes absolus, des variables indépendantes.

Le bénéfice est une *fonction* de ces variables indépendantes ; il existe ou n'existe pas pour une cause qui ne tient en rien à l'origine ou à la nature de la somme qui le représente, à savoir : la grandeur relative des deux valeurs dont il exprime la différence.

Il résulte de là, qu'on ne saurait se borner à considérer en elle-même, in abstracto, une valeur qui entre dans les caisses de la société, pour lui refuser ou lui attribuer la nature de bénéfice social (1).

« *constitutifs de bénéfices, encore faut-il que ce bénéfice soit tangible et ressorte de l'examen des divers postes des bilans.*

« *Par conséquent, bien qu'une société étrangère ait constitué une réserve à l'aide de primes versées par ses nouveaux actionnaires, si le fonds social — y compris ces primes — se trouve en réalité inférieur au capital social, on doit reconnaître son improductivité... »*

Cf. aussi les observations qui, au texte cité, suivent le jugement.

(1) La Cour de Cassation belge a su se garder de l'erreur de méthode que nous signalons.

Elle a bien vu que ce qui peut constituer un bénéfice, ce n'est

39. Tant que dure la société, il n'y a autre chose dans son patrimoine que des éléments d'actif ou de passif. Les éléments d'actif ont une vocation à l'acquisition de la nature de bénéfice, acquisition qui sera ou non réalisée définitivement au jour où la société aura cessé d'exister.

Jusqu'à ce jour, en effet, le fonds social, comme tout organisme en travail est en continuelle transformation : le bénéfice ou la perte qu'un inventaire instantané pourrait manifester, varient incessamment dans leur montant, peuvent même apparaître et disparaître alternativement (1).

Seule, la dissolution de la société, immobilisant le fonds social, rend possible une comparaison entre ses différents éléments stabilisés, comparaison qui fait ressortir une perte ou un bénéfice enfin déterminé et définitif.

40. Le bénéfice apparaît ainsi comme un *résultat*. Cette caractéristique essentielle du bénéfice est d'ailleurs impliquée dans sa définition même, que l'on peut tirer de l'art. 1832 du C. civ., aux termes duquel « la société est un « contrat par lequel deux ou plusieurs personnes con-

pas la prime, ni tout autre élément concret d'actif, mais l'*excédent* qu'ils créent au bilan.

Le capital fixé par les statuts, dit-elle, n'étant que l'évaluation des apports, « se trouve être ainsi, *par sa comparaison avec l'avoir net de la société, la mesure du bénéfice* ». Cour de Cass. Je Bruxelles, 30 juin 1913. (*Rev. prat. des Soc.*, 1913, p. 189).

(1) Cf. Pont. Sociétés, *op. cit.*, I, n° 428 sqq.

« viennent de mettre quelque chose en commun, dans la
« vue de partager le bénéfice qui pourra en *résulter*. »

N'est-il pas manifeste que les rédacteurs du Code, inspirés des principes traditionnels déjà posés par les jurisconsultes romains (1), ont conçu le bénéfice comme un tout unique, comme l'excédent définitif des biens mis en commun, comme le résultat final de cette mise en commun (2).

(1) Justinien (Instit. Lib., III, tit. XXV, § 2, in fine) : ...si in aliqua re lucrum, in aliqua damnum allatum sit, compensatione facta, *solum quod superest* intelligatur lucri esse.

Paul (Dig. Lib.-XVII, tit. II, Pro Socio l. 30) : ...neque enim lucrum intelligitur, nisi omni damno deducto ; neque damnum, nisi omni lucro deducto...

(2) Cf. Labbé en note sous Cass. Req. 14 mars 1877, S. 78.1.5. Voy. § 2, p. 7, 3^{me} col. Cet auteur remarque que le bénéfice commercial *est constitué par la différence* entre le capital initialement engagé et le capital consécutif à l'opération.

Cf. aussi P. Pic, *op. cit.*, I, n° 43.

Faut-il plus précisément, comme le font certains auteurs, considérer le bénéfice comme un produit direct de l'activité sociale et se fonder, pour refuser à la prime la nature de bénéfice, sur cette raison que « l'on ne peut y voir une somme produite par l'exercice normal de l'entreprise » ?

Dans ce sens : Houpin, *Journ. des Soc.*, 1915, p. 151. Amiaud, *op. cit.*, 1^{re} éd., p. 178-179.

Nous le pensons pas.

Alors même que la société eût été malheureuse dans ses opérations et que l'exercice normal de l'entreprise n'eût abouti qu'à lui causer des pertes, nous n'hésiterions pas à voir un bénéfice social dans un excédent d'actif, mis en évidence par l'inventaire et provenant uniquement d'un pur don de fortune, tel une plus-value immobilière, un lot échu à un titre du portefeuille de la

41. Cependant, la pratique ne peut s'accommoder du principe que le bénéfice n'apparaissant qu'au terme de la société, on ne peut le répartir avant ce moment : les associés ont besoin, en effet, de toucher un revenu périodique des biens qu'ils ont apportés à la société.

Aussi, leur volonté, exprimée ou présumée, suffit-elle à écarter les conséquences d'un principe qui n'intéresse pas l'ordre public.

C'est ainsi que les associés ont pu corriger la réalité, fractionner l'unité vraie de la vie sociale en périodes arbitraires, dont la révolution, amenant chaque fois un terme fictif aux opérations sociales, permet la pratique des inventaires et des répartitions de bénéfices également périodiques.

L'art. 9 du Code de commerce oblige spécialement les sociétés commerciales à faire un inventaire annuel. Aussi, ces sociétés utilisent-elles tout simplement les résultats mis en évidence par cet inventaire, pour asseoir une répartition annuelle du bénéfice (1).

Nous sommes ainsi amenés à substituer à la notion

société, un don (Cass. req., 18 mars 1879, D. P. 79-1-294), un legs.

La société peut, à notre avis, réaliser un bénéfice sans qu'elle puisse l'attribuer au jeu de son activité normale.

Le bénéfice n'est pas *nécessairement* un produit du fonctionnement de l'entreprise sociale.

Dans ce sens : J. Corbiau, *Rev. prat. des Soc.*, 1908, n° 1878, p. 120.

(1) Voyez à ce sujet la note signée G. C. dans la *Belgique judiciaire*, 1908, p. 923.

purement théorique du bénéfice unique, la notion des bénéfices annuels, seule féconde dans la pratique (1).

42. Mais qu'on se réfère à la notion du bénéfice de liquidation ou à la notion du bénéfice d'exploitation, le bénéfice est toujours le résultat d'une comparaison. C'est la différence entre la valeur de l'actif, révélée par un inventaire, final ou annuel, et la valeur des capitaux investis dans l'entreprise.

On ne saurait donc, du seul examen des caractères intrinsèques d'une somme d'argent, tirer aucune conclusion relative à la nature de bénéfice possédée ou non par cette somme.

La méconnaissance de ce principe explique les contradictions qui vicient le raisonnement des arrêts que nous avons cités et, partant, l'inanité de leurs solutions.

III. — LA PRIME N'EST PAS UN BÉNÉFICE RÉALISÉ PAR LA SOCIÉTÉ.

43. Cependant, même dans le cas où la condition nécessaire de l'existence d'un excédent de l'actif sur le passif se trouve satisfaite, nous ne pouvons admettre que la prime, perçue à l'occasion d'une émission d'actions, soit un bénéfice réalisé par la société.

C'est que si tout bénéfice suppose une différence positive révélée par un inventaire régulier, il n'est pas vrai de dire, inversant les termes de la proposition, que toute

(1) Cf. la définition donnée par Amiaud (*op. cit.*, 1^{re} édit., p. 156, note 1). « Le bénéfice net existant, c'est l'excédent au moment où se fait l'inventaire annuel de l'actif social brut sur le passif social. » Voyez aussi les autorités citées par cet auteur.

différence positive, constatée par le bilan, constitue un bénéfice pour la société. La condition est nécessaire, elle n'est pas suffisante.

La qualité de bénéfice, avons-nous dit, est une qualité acquise. Il vient de là qu'un élément actif, en excédent sur le passif, ne peut devenir un bénéfice qu'à la condition que rien dans la nature intrinsèque de la somme qui représente cet excédent, ne fasse obstacle à l'acquisition de cette qualité.

44. Or, à raison précisément des caractéristiques de son origine et de sa destination, la prime, réalisée par la société au moyen d'une émission d'actions, est, en quelque sorte, inhabile à devenir un bénéfice pour la société.

La prime provient directement, en effet, d'un versement effectué soit par une catégorie d'associés, soit même par tous les associés.

Or, « les bénéfices sont apparemment des choses que les associés reçoivent et non pas des choses qu'ils donnent. L'idée d'un bénéfice apporté heurte le sens commun (1) ».

S'il est d'évidence même que les primes ne sont pas un bénéfice pour les associés qui les ont versées (2), il est non moins clair qu'elles ne sont pas davantage un bénéfice pour les autres, c'est-à-dire pour les anciens action-

(1) Louis Wodon. *Rev. prat. des Soc.*, 1913, p. 90.

(2) Considérons en particulier l'hypothèse de la prime versée par les actionnaires originaires de la société. Supposons qu'au lendemain de sa fondation, celle-ci, pour une raison quelconque, soit amenée à se dissoudre. Les associés actionnaires seuls se partageront le fonds social : ils ne feront que reprendre ce qu'ils ont

naires. Par définition, en effet, elles sont uniquement destinées à leur éviter un préjudice, ce qui est tout autre chose que leur procurer un bénéfice (1).

Autrement dit, avant qu'il puisse être question d'un bénéfice réalisé par les actionnaires, tant anciens que nouveaux, il faut que la prime soit entièrement prélevée et reprise par eux.

45. Or, s'il en est ainsi, les primes doivent figurer au passif du bilan. Elles ne pourront donc jamais apparaître au bilan comme un excédent bénéficiaire.

Au point de vue comptable, en particulier, les primes ne sont donc pas un bénéfice pour la société (2). D'ailleurs, si la société avait fait un bénéfice, les associés en profiteraient nécessairement, dans la proportion de leurs mises sociales, ce qui n'est pas, comme nous venons de le voir.

46. Nous concluons :

S'il est vrai que généralement (*id quod plerumque fit*)

versé, la prime et leur apport de nominal, et cela diminué de frais divers. Dans ces conditions, où est le bénéfice ?

D'ailleurs comment concevoir qu'une société, qui n'a pas encore fonctionné, a déjà pu réaliser un bénéfice ?

(1) Ce principe dicté par le simple bon sens, a été consacré par un arrêt des Chambres réunies du 11 mars 1914 (D. P. 1914, 1, 257) qui déclare qu'aux termes de l'article 1832 C. Civ. l'expression bénéfices s'entend « d'un gain pécuniaire ou d'un gain matériel qui ajouterait à la fortune des associés ».

(2) Dans ce sens, voyez notamment l'exposé des motifs de la décision de la Commission Supérieure des Bénéfices de Guerre du 31 janvier 1919 (*Rev. de la Contr. sur les Bénéf. de guerre*, 1920, art. 514).

l'excédent sur les apports proprement dits est un bénéfice réalisé par la société, qui a fait fructifier la mise sociale; il n'en est plus ainsi si cet excédent a été apporté par les associés eux-mêmes (1).

Cette hypothèse se trouve précisément réalisée quand les actionnaires ont été tenus de verser une prime, en sus du nominal des titres souscrits (2).

C'est sans doute la seule exception à la règle commune. Cela expliquerait, en une certaine mesure au moins, que les tribunaux, chargés précisément de faire valoir cette exception unique, ne l'aient point aperçue ou n'aient pas osé y faire droit, parce qu'ils ne trouvaient pas d'exemples pour la leur suggérer ou pour les mettre en sécurité, s'ils la sanctionnaient.

(1) La loi allemande considère si peu la prime comme un bénéfice réalisé par la société que l'exposé des motifs de la Nouvelle de 1884 indique qu'elle n'apparaît pas susceptible d'être répartie, à titre de dividende. (V. à ce sujet Amiaud, 1^{re} éd., p. 177 et la référence citée à la note 3). C'est précisément pour rendre impossible cette répartition, que le § 262, n° 2 du code de commerce allemand mis en vigueur en 1900, impose le versement de la prime à la réserve légale.

(2) On a parfois qualifié la prime « *élément producteur* », par antithèse, pour l'opposer au bénéfice ou *élément produit*. L'expression ne nous paraît pas juste. A l'inverse de l'apport proprement dit, la prime est précisément exclue, par la volonté des parties, des sommes mises en commun pour produire le bénéfice social. Elle n'est pas, par essence, un élément producteur. Elle en est même le contraire puisque, s'il en a été ainsi décidé, elle peut être immédiatement répartie entre les actionnaires.

Ce n'est que par occasion que la prime est un élément producteur, à la façon de tout ce qui dépend du fonds social et que la société se garde de laisser improductif, dans ses caisses.

IV. — LA LÉGISLATION RELATIVE A L'IMPOT SUR LE REVENU
DES VALEURS MOBILIÈRES.

47. Nous ne trouvons rien qui puisse infirmer nos précédentes conclusions si nous suivons, sur le terrain même où elle a porté le débat, la jurisprudence qui, en matière fiscale, a été amenée à admettre que la prime constitue un bénéfice pour la société.

Cependant, pour apprécier les décisions que nous visons, il convient de connaître les conditions dans lesquelles elles sont intervenues. A ce point de vue, il est nécessaire de procéder d'abord à un examen de la législation relative à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières.

48. L'art. 1^{er} de la loi du 29 juin 1872 relative à un impôt sur le revenu des valeurs mobilières, établit une taxe... « sur les intérêts, dividendes, revenus et *tous autres produits* des actions de toute nature des sociétés, compagnies ou entreprises quelconques... »

Son champ d'application est donc loin d'être circonscrit aux limites que semblerait lui donner un intitulé trop étroit (1).

(1) L'intention des auteurs de la loi de donner à celle-ci une portée très générale, débordant de beaucoup celle que lui assignerait la notion du *revenu* proprement dit, ne saurait faire aucun doute.

Leur rédaction, scrupuleusement explicite, manifeste leur préoccupation de ne laisser aucune fissure dans le système, d'atteindre toute espèce de produits de toute espèce de valeurs mobilières françaises ou étrangères. Cette intention se précise encore dans les travaux préparatoires et dans le texte de la loi du 29 mars 1914, art. 31 et suiv. qui complète en quelque sorte celle du 29 juin 1872.

L'impôt frappe tout *enrichissement*, procuré aux porteurs de titres mobiliers (1), par une *distribution* de sommes ou valeurs quelconques (2).

En particulier, les sommes provenant de primes d'émission encaissées par la société et *distribuées* par elle aux associés sont pour ceux-ci des produits de leurs titres, puisque c'est à raison de la possession de ces titres qu'ils reçoivent les sommes que la société tire de son patrimoine pour les faire passer dans le leur.

Mais pour que l'impôt soit exigible, il faut encore que les sommes distribuées *enrichissent* le patrimoine dans lequel elles tombent, car c'est à la vérité cet enrichissement que la loi a voulu atteindre. « La cause déterminante de l'impôt, le fait générateur comme on dit, réside dans *l'enrichissement du porteur de titre* » (3).

49. La jurisprudence en est venue cependant à subordonner l'application de la loi à la condition supplémentaire que les biens distribués soient prélevés sur les bénéfices réalisés par la *société*.

Cette dernière exigence est arbitraire: c'est en vain qu'on chercherait à lui découvrir une base dans la loi.

(1) La loi du 29 mars 1914, art. 31, 1^o, étendant l'assiette de l'impôt établi par la loi du 29 juin 1872, nomme, à côté des actions, toutes espèces de titres mobiliers et notamment les parts de fondateurs.

(2) Sur les conditions d'exigibilité de l'impôt voyez la note de Charles-Ambroise Colin, sous civ., 1^{er} juillet 1925 (D. P. 26-1-19, n^o I).

(3) F. Baratin. *Revue des Soc.*, 1923, p. 456-457.

Voyez une démonstration de cette proposition dans une dissertation de M. Binet sous civ. 19 nov. et 17 déc. 1906. D. P. 1907-1-353.

Quoiqu'il en soit, l'innovation est certaine. Elle s'est affirmée avec force dans trois arrêts de la Chambre civile des 19 novembre et 17 décembre 1906 (1), d'une part, et 7 novembre 1910 (2), d'autre part.

50. L'administration n'a jamais admis la thèse de la jurisprudence (3).

Nous enseignons, dit une note de la Revue de l'Enregistrement (4); « que l'impôt sur le revenu frappe les
« produits de l'action et de la part de fondateur, quelle
« que soit l'origine de ces revenus et, par conséquent,
« sans distinguer suivant qu'ils sont prélevés sur les
« bénéfices ou sur le capital de la société qui les distri-
« bue, sauf le cas d'annulation ultérieure de la distri-
« bution pour cause de fictivité de dividendes ».

De même, les auteurs critiquent à l'envi la théorie jurisprudentielle et en montrent l'inexactitude (5). Ils

(1) D. P., 1907.1.353 note de M. Binet ; Pand. pér., 1909.1.217, note de M. Wahl.

(2) D. P., 1911.1.145, note de M. Malepeyre ; S. 1913.1.329, note signée A. W.

(3) *Rev. de l'enreg.*, art. 4246 ; — 1920, art. 7082, v. les observations et 1922, art. 7514, V. les considérations développées par l'administration, notamment sous le § II ; *Journ. de l'enreg.*, 1907, art. 27.215.

(4) *Rev. de l'enreg.*, 1917, art. 6498, sous Lyon 15 juin 1915, p. 27.

(5) Voyez les excellentes notes précitées de M. Binet (D. P. 1907.1.353), de M. Wahl (Pand. pér., 1909.1.217) et S. 1913.1.329).

Adde : Wahl, *rég. fisc. des soc.*, *op. cit.*, II, 2209 ; Thaller et Pic, *op. cit.*, III, 2325.

En sens contraire : Malepeyre, note préc., D. P., 1911.1.145. Le législateur a sanctionné dans un cas particulier cette exigence parasite

ont établi péremptoirement que, née d'une confusion du juge, « elle est contraire à la loi, plus sûrement encore « contraire à la jurisprudence » antérieure.

Aussi cette nouvelle jurisprudence qui *ne dit pas le droit* ne saurait être définitive, parce que la vérité ne peut manquer de l'emporter finalement sur la fantaisie (1).

Si elle réussit à se maintenir quelque temps, c'est grâce à une sorte de vitesse acquise, pour ne pas dire grâce à l'apathie d'esprit et au goût des formules toutes faites, contre lesquelles ne réagit pas toujours le magistrat (2).

du caractère de bénéfices, à l'égard de la société elle-même, des sommes distribuées.

L'art 12 de la loi du 13 juillet 1911 soumet à l'impôt créé par l'art. 1^{er} de la loi du 29 juin 1872 les *bénéfices* distribués aux membres des conseils d'administration des sociétés.

Bien que le mot pourrait s'entendre à la rigueur des bénéfices réalisés par les administrateurs, grâce à la distribution qui leur est faite, les travaux préparatoires de cet article (D. P., 1911.4.143) et la tournure de l'expression elle-même obligent à interpréter ce mot dans le sens de bénéfices réalisés par la société et mis ensuite en distribution par celle-ci.

(1) Peut-être même saisissons-nous déjà les symptômes d'un revirement. Voyez la note de M. Jean Michel sous Req. 21 janv. 1920. *Rec. jurid. des Soc.*, 1920, p. 73-74.

Voyez aussi: Civ. 4 avril 1922, *Rev. des Soc.* 1923, p. 480 et D. P. 1925.1.159. — Req., 21 décembre 1925, D. H. 1926, 34. Ce revirement de la jurisprudence apparaît très nettement dans un jugement du trib. civ. de la Seine du 26 février 1926 (inédit) voyez *infra* n° 53, note.

(2) M. A. Lainé, professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Paris, écrivait déjà en 1905: « J'ai montré tout à l'heure combien

V. — LA JURISPRUDENCE EN MATIÈRE FISCALE. — APPRÉCIATION CRITIQUE.

51. Ayant donc posé ce principe faux que seule la distribution de *bénéfices réalisés par la société* était passible de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières, la jurisprudence a été amenée à rechercher l'existence du caractère de bénéfice social dans les sommes, d'origines diverses, distribuées par les sociétés à leurs associés.

C'est ainsi que s'est présentée devant les tribunaux,

sont nombreux et divers les travaux des auteurs. Les tribunaux s'en inquiètent-ils ? De temps à autre, en effet, de savants magistrats du ministère public montrent dans leurs réquisitoires qu'ils en ont le plus grand souci; de même on rencontre des sentences où dans la forme serrée des « considérants » de substantielles et fortes dissertations sont présentées à l'appui du dispositif. Mais trop souvent aussi, c'est d'indifférence envers la théorie que témoignent les décisions judiciaires. Il arrive trop souvent que les jugements sont motivés par des affirmations, non par des raisons, de manière qu'aucune appréciation sérieuse n'en peut être faite, que le dispositif seul en peut être approuvé ou critiqué sans grand profit pour la science. On sent qu'avant le jugement il n'y a pas eu contact des juges avec la doctrine et la conséquence en est que, maintenant, le jugement rendu, le terrain fait défaut pour une discussion scientifique. D'autres fois, après une décision importante et motivée, surtout si elle émane de la Cour suprême, les motifs qui en ont été donnés sont indéfiniment reproduits dans les décisions suivantes, sans que les juges appelés de nouveau à statuer sur la question s'inquiètent de savoir si ces motifs n'ont pas été l'objet de réfutations décisives ». *Rev. de droit intern. privé, op. cit.*, tome I, Introduction, p. 9-10.

Voyez aussi p. 7 le même auteur et p. 8-9 une citation qu'il fait des observations sur la coutume du duché de Bourgogne, chap. XXIII, n^o 11 et suiv. dans lesquelles Bouhier se fait au XVIII^e siècle l'écho de semblables doléances.

pour la première fois en matière fiscale, la question de la nature de la prime imposée aux souscripteurs d'actions.

Voici les faits :

Une société anonyme avait régulièrement procédé à un rachat de parts de fondateurs, en partie au moyen de sommes provenant de primes imposées aux actions nouvelles d'une augmentation de capital, concurremment effectuée, et, pour le surplus, au moyen de fonds prélevés sur les bénéfices d'exploitation.

L'administration de l'enregistrement assujettit à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières, le montant intégral des sommes affectées au rachat, déduction faite de la valeur initiale des parts. La société assigna alors l'administration en restitution de la taxe perçue sur la partie du prix du rachat constituée par les primes.

Invokant les arrêts de la Cour de Cassation des 19 nov. 1906 et 7 nov. 1910, qui décident que la taxe frappe les seules distributions de bénéfices réalisés par la société, à l'exclusion notamment des apports effectués par les souscripteurs d'actions, elle soutenait que le montant des primes devait échapper à la taxe parce que celles-ci constituent un apport en capital et non point des bénéfices sociaux.

52. Un jugement du tribunal de Lisieux du 22 février 1917 (1), confirmé par un arrêt de la chambre des requêtes du 21 janvier 1920 (2), repoussa les prétentions de la société.

(1) *Rev. de l'Enreg.*, 1918, art. 6.710.

(2) *Rev. de l'Enreg.*, 1920, art. 7.082; *Gaz. Pal.*, 1920.1.283; *Rev.*

L'importance pratique de l'arrêt est très grande. Il est, en effet, le seul que peuvent invoquer ceux qui ont intérêt à établir, qu'en matière fiscale, la prime doit être considérée comme un bénéfice social.

Cependant, il faut reconnaître que cet arrêt n'a d'autre valeur que celle que lui confère le prestige de l'autorité dont il émane.

L'argumentation est, en effet, nulle. La Cour se borne à des affirmations qu'elle emprunte d'ailleurs, presque mot pour mot, au jugement du tribunal de Lisieux.

C'est ainsi, qu'après avoir constaté que les primes « sont venues accroître, non le capital social, mais la valeur du fonds social », elle déclare, sans plus, « que cet excédent étant attribué aux porteurs de parts, pour racheter leurs droits, ce rachat constituait bien une distribution de produits ou bénéfices réalisés par la société », rentrant dans les prévisions de l'art 1^{er} de la loi du 29 juin 1872.

C'est, à proprement parler, comme dit M. Bosvieux (1), résoudre la question par la question.

53. D'ailleurs, comme nous l'avons vu, il n'existait au fond des choses, aucune difficulté qui puisse donner prise à une sentence. Comme nous l'avons exposé, il est indifférent que les sommes distribuées soient ou non des bénéfices réalisés par la société.

En l'espèce, il n'importait pas que le rachat des parts

des Soc., 1920, p. 73 ; *Journ. des Soc.*, 1920, p. 211, note de M. Bosvieux ; D. P. 1923.1.207, avec une note non signée.

(1) *Jour. des Soc.*, 1920, p. 213.

eût été effectué avec des primes ou avec d'autres fonds. Il suffit, pour justifier la perception de la taxe, qu'il y ait enrichissement pour le bénéficiaire de la distribution. Or, dans l'espèce, cette condition étant évidemment réalisée pour les porteurs de parts, l'impôt devait incontestablement être calculé sur la différence entre le montant des sommes affectées au rachat et la valeur initiale des parts rachetées (1).

54. La question de la nature des primes distribuées que la société, encouragée par les arrêts des 19 nov.

(1) Voici en quels termes un jugement du tribunal civil de la Seine du 26 février 1926, inédit, (Cie Générale Transatlantique contre Eurenregistrement) critique les motifs de l'arrêt de la Chambre des requêtes du 21 janvier 1920 :

« Attendu que dans l'espèce au sujet de laquelle est intervenu
« l'arrêt de la Cour de Cassation précité, il s'agissait d'une société
« anonyme qui avait racheté ses parts de fondateurs au moyen de
« fonds provenant notamment de la prime versée par les souscrip-
« teurs d'une nouvelle série d'actions et que le rachat ayant été
« effectué pour un prix supérieur à la valeur initiale des parts, la dif-
« férence entre cette valeur et le prix du rachat a été considérée com-
« me une distribution passible de la taxe sur le revenu édictée par
« la loi du 29 juin 1872. Attendu, en effet, que cette loi a voulu frap-
« per non les bénéfices réalisés par la société, mais l'enrichissement
« procuré à l'associé par la distribution d'un produit de son action
« ou de sa part et qu'il est constant que les porteurs de parts à qui
« on remboursait une somme supérieure à celle qu'ils avaient primi-
« tivement déboursée étaient ainsi enrichis. Attendu que, dans ces
« conditions, il importait peu que les dites parts de fondateurs aient
« été rachetées avec des primes d'émission ou au moyen de fonds
« d'une autre origine car il suffit que le patrimoine de l'associé soit
« augmenté pour que la taxe sur le revenu devienne exigible ».

1906 et 7 nov. 1910 précités, souleva pour tenter de se faire reconnaître comme non assujettie, au moins en partie, au paiement de l'impôt était donc, en vérité, sans importance pour la solution du litige. Le tribunal et la cour ont-ils soupçonné le défaut de portée de l'argumentation de la société ? On peut le croire, à voir le peu de soin qu'ils prennent de la discuter, se bornant à lui opposer une affirmation contraire (1).

Si la Cour suprême n'avait été « plus embarrassée de sa propre jurisprudence que de la question à résoudre (2) elle eût tout simplement remarqué que le bénéfice réalisé par le porteur de parts, dans l'opération du rachat, bénéfice incontesté et absolument indépendant de la nature des sommes payées, suffisait à asseoir la taxe.

Apprécié au seul point de vue du droit, cet arrêt de la chambre des requêtes nous paraît dépourvu de toute valeur. Il n'apporte aucune contribution à la recherche de la nature de la prime.

(1) Il nous paraît cependant impossible de conclure, comme l'auteur de la note parue dans la *Gazette du Palais* (1920.1.284) sous Cass. 21 janv. 1920, « qu'on ne saurait voir d'aucune façon, dans l'esprit de l'arrêt, une assimilation quelconque de la prime à un bénéfice ». Les doutes que l'on peut avoir sur la légitimité de l'assimilation ne doivent pas faire perdre de vue sa réalité.

(2) L'expression est de Championnière et Rigaud (*op. cit.* I, p. 14).

CHAPITRE II

EN ITALIE

I. — LA JURISPRUDENCE

55. La thèse de la prime, bénéfice social, a été fortement discutée à l'étranger.

La discussion a donné lieu, en Italie, en Belgique et en Allemagne, à des joutes éclatantes entre le fisc, la jurisprudence et la doctrine.

En Italie, toute la controverse a porté directement sur le point de savoir si la prime, *premio*, ou, pour employer l'expression concurrente plus expressive, le surprix des actions, *sopraprezzo* (1), était soumis à l'impôt sur le revenu, dit aussi impôt sur la richesse mobilière. Au fond, il s'agissait d'examiner si la prime constitue un bénéfice pour la société, et comme tel un revenu taxable.

56. La loi du 24 août 1877 crée l'impôt sur la richesse mobilière, *imposta di ricchezza mobile*.

De ce texte et de l'article 60 du règlement du 3 novembre 1894, il résulte que l'impôt frappe toute espèce de revenu, à l'exclusion toutefois du revenu foncier.

(1) On trouve aussi, les mots *soprapprezzo* et *sovraprezzo*.

Les art. 25 et 30 de la loi visent, en particulier, le revenu des sociétés par actions. Ils prescrivent d'établir l'impôt relatif à ce revenu sur la base du bilan.

Mais la loi ne définit pas le revenu qu'elle vise.

Cette abstention favorisant ses desseins, une décision administrative de la Commission centrale des Impôts directs, en date du 9 décembre 1889, prétendit, pour la première fois, assujettir à l'impôt les primes perçues par les sociétés.

L'appui que l'administration allait définitivement trouver dans la jurisprudence s'affirma, pour la première fois, dans un arrêt de la Cour d'appel de Rome, du 1^{er} juillet 1890 (1).

57. Cet arrêt fut cassé par la Cour de Cassation romaine le 18 août 1891 (2).

L'affaire fut renvoyée devant la Cour d'Appel d'Ancône qui statua dans le même sens que la Cour de Cassation, par un arrêt du 16 janvier 1892 (3).

La Cour de Cassation maintint sa jurisprudence, contraire aux prétentions du fisc, dans deux arrêts, l'un en date du 6 septembre 1893 (4), l'autre rendu, toutes Chambres réunies, le 21 juillet 1897 (5). Dès lors, le fisc s'abstint, pour quelque temps, d'inquiéter les socié-

(1) *Foro italiano* 1890.1.1002. Affaire de Compagnia Fondiaria italiana.

(2) *For. it.*, 1891.1.117, avec une note de G. Boggio.

(3) *For. it.*, 1892.1.527.

(4) *For. it.*, 1893.1.1097. Affaire de la Banca Tiberina.

(5) *For. it.*, 1897.1.1081. Affaire de la Banca Tiberina.

tés. A nouveau le 6 novembre 1906, une décision de la Commission centrale (1) assujettit le montant des primes encaissées par les sociétés, à l'impôt sur le revenu.

A partir de cette décision, la controverse entre dans sa phase aiguë.

Les arrêts se multiplient et divergent. Ils suscitent de nombreuses études, abondantes et passionnées.

Un jugement du tribunal de Pavie du 7 janvier 1908 (2) consacre les prétentions fiscales et inaugure ainsi une nouvelle jurisprudence, tandis qu'un arrêt de la Cour d'appel de Milan du 17 juin 1908 (3), continuant l'ancienne, refuse de voir dans la prime, dont elle examine la nature d'un point de vue général, un revenu soumis à l'impôt sur la richesse mobilière.

58. La Cour de Cassation, abandonnant ses premiers errements, prend à son tour parti pour le fisc, dans un arrêt, rendu toutes Chambres réunies, le 7 janvier 1909 (4).

Tandis que la Cour d'appel de Casal, dans un arrêt du 10 décembre 1909 (5), fait sienne la nouvelle jurisprudence de la Cour de Cassation, la Cour d'appel de Milan, arrêt du 30 nov. 1909 (6), résiste à l'innovation

(1) S^{ta} Oleificio Pavese c. Finanze. *For. it.* 1907.3.40.

(2) S^{ta} Oleificio Pavese c. Finanze. *For. it.*, 1908.1.390, avec une note de Bonandi.

(3) *For. it.*, 1908.1.784.

(4) Finanze c. S^{ta} Oleificio Pavese. *Riv. del dir. comm.*, 1909.2.39. *For. it.*, 1909.1.156 avec une note de Vaccheli. *Giur. it.*, 1909.1, 1, 5. Commentaire de Manara, *Riv. del dir. comm.*, 1909, 1, 128.

(5) *Mon. trib.*, 1910, 271 avec une note contraire de Gobbi.

(6) *For. it.*, 1910.1.32 avec une note de Valenti.

des Chambres réunies. La Cour suprême affirme alors à nouveau que la prime des nouvelles actions, émises par une société, tombe sous le coup de l'impôt sur la richesse mobilière, dans un nouvel arrêt des Chambres réunies, rendu le 19 février 1910 (1).

Cette importante décision prend les proportions d'une véritable étude de doctrine.

Mais, si elle entraîne l'adhésion de la Cour d'appel de Turin, arrêt du 14 juin 1910 (2), celle de la Cour d'appel de Milan, arrêt du 24 juin 1910 (3), celle du tribunal civil de Turin, jugement du 29 juillet 1910 (4), celle de la Cour d'appel de Gênes, 16 janvier 1911 (5), elle ne parvient pas à réduire l'opposition de la Cour d'appel de Pérouse, manifestée dans un arrêt du 9 juin 1910 (6), non plus que celle de la Cour d'Appel de Bologne, arrêt du 15 juillet 1910 (7).

(1) C'est à l'occasion de cet arrêt que Manara publie l'importante étude, que nous citons à la bibliographie, intitulée: *la pretesa impossibilita del sopraprezzo... etc.*

Le texte de l'arrêt est rapporté in extenso à la fin de cette étude.

Voir aussi, à propos du même arrêt, l'étude de Riccardi, que nous citons également : *Si il ricavato del sopraprezzo... debba figurare come posta attiva nel bilancio...*

(2) *Giur. it.*, 1910, 1, 2, 733.

(3) *Mon. trib.*, 1910, 729. *Giur. it.*, 1910, 1, 2, 834.

(4) *Giur. it.*, 1910, 1, 2, 918 avec une note de Vivante.

(5) *Mon. trib.*, 1911, 329.

(6) *For. it.*, 1910, 1, 1090.

(7) *For. it.*, 1910, 1, 1277 ; *Giur. it.*, 1910, 1, 2, 722.

Cet arrêt est inspiré par une étude De Gregorio (*op. cit.*), *Sulla tassabilita del sopraprezzo...*

Il faudra encore cinq arrêts de la Cour de Cassation de Rome, rendus les 11 février 1911 (1), 11 mars 1911 (2), 18 mars 1911 (3), 26 avril 1911 (4) (deux arrêts), pour assurer le triomphe définitif des prétentions fiscales.

II. — ANALYSE DE L'ARRÊT DES CHAMBRES RÉUNIES DE LA COUR DE CASSATION DE ROME DU 19 FÉVRIER 1910.

59. A raison de la place importante qu'occupe dans l'histoire des controverses relatives à la nature de la prime l'arrêt des Chambres réunies du 19 février 1910, il nous paraît intéressant d'exposer ici la trame de son argumentation.

La loi qui établit l'impôt sur le revenu, remarque la Cour de Cassation romaine, s'en réfère, pour la définition du revenu, au concept scientifique qui considère celui-ci comme « le produit de l'usage qu'on fait d'un bien économique » ; « *il prodotto dell' uso che si fa di un bene economico* » (5).

Autrement dit, « le capital se manifeste comme un produit destiné à une nouvelle production », tandis que

(1) *For. it.*, 1911, 1, 340. Annule l'arrêt précité de la Cour d'appel de Pérouse.

(2) *For. it.*, 1911, 1, 726, avec une note de Manara. Confirme l'arrêt précité de la Cour d'appel de Casal.

(3) *For. it.*, 1911, 1, 727, avec une note de Manara. Casse l'arrêt précité de la Cour d'appel de Milan du 30 nov. 1909.

(4) *Giur. ital.*, 1911, 1, 1, 630 avec note.

(5) Manara, p. 134. Nous renvoyons le lecteur au texte de l'arrêt publié par Manara, à la fin de son ouvrage cité: *la pretesa...*, aux pages 133 à 148.

« le revenu est une richesse nouvelle engendrée par le capital, dans sa forme d'instrument de production, le capital demeurant inchangé » : « *il capitale si palesa quale un prodotto destinato a nuova produzione, ed il reddito è una ricchezza nuova, la quale viene generata dal capitale nella sua forma d'istrumento di produzione, lasciando quel capitale immutato* » (1).

L'expression « revenus de la richesse mobilière », qui désigne l'objet de l'impôt, implique la définition du revenu comme le produit d'une force productive mobilière déjà existante, dont il descend comme l'effet de la cause.

60. D'autre part, la loi considère les sociétés comme des entités juridiques distinctes des personnes des associés. Comme telles, et en vertu du principe que la taxe est due par ceux qui perçoivent le revenu, les sociétés forment une classe spéciale de contribuables.

Pour les sociétés par actions, la loi a établi un système de perception fondé sur le bilan annuel, parce que c'est cet acte qui révèle aux tiers, et le fisc est un tiers, la gestion de la société. De plus, on ne pourrait, sans injustice, détacher une ou plusieurs opérations sociales pour les frapper de l'impôt, mais il faut considérer l'ensemble de la gestion sociale, dans une période déterminée, pour voir s'il en résulte, ou non, l'existence d'une nouvelle richesse. D'autre part, chaque exercice doit être considéré séparément comme une entité juridique autonome.

(1) Manara, p. 134-135.

Enfin, la loi saisit le moment même de la manifestation de la nouvelle richesse, l'instant qui marque sa production. Peu importe que la richesse produite soit consommée ou qu'elle se transforme en cause productrice. En effet, l'art. 60 du règlement du 3 novembre 1894, prescrit à la société de déclarer les revenus (i redditi) qui lui proviennent de la collaboration de son travail et de son capital, de quelque manière qu'ils soient employés et quelle que soit la destination des valeurs produites (1).

Tels sont les principes généraux rappelés.

41. Les Chambres réunies reconnaissent que l'art. 30 de la loi de 1877 précitée établit une présomption juris tantum. Elles admettent que c'est uniquement en vertu de cette présomption que toute valeur versée dans les caisses sociales, au cours d'un exercice déterminé, et se trouvant en excédent, à la fin de cet exercice, sur le capital nominal, augmenté du fonds de réserve et du montant des dettes et des dépenses, constitue un revenu taxable.

Mais, ajoute la Cour, pour pouvoir soustraire à l'impôt les sommes versées en outre de la valeur nominale des actions, il faut démontrer que ces sommes ont été originairement des capitaux et ont été versées comme tels.

Et la Cour prétend qu'il n'est pas possible de faire cette démonstration en ce qui concerne la prime.

(1) Manara, p. 136.

62. Si, en effet, dit-elle, pour les acquéreurs des nouvelles actions, tout ce qui est payé est certainement capital, il n'en est pas de même pour la société. Quand elle émet ses actions à un taux supérieur au pair, elle assigne à l'accroissement de son capital la partie correspondante à cette dernière valeur et dispose autrement du surplus, qu'elle recouvre à titre de fruit de l'émission nouvelle.

D'ailleurs, la Cour suprême considère que, dans la société anonyme, le capital est représenté par la somme souscrite, à l'origine ou lors des émissions ultérieures, somme qui forme la garantie des obligations contractées. Toutes les autres valeurs acquises ne peuvent être réputées à l'instant de leur naissance, que comme le produit du capital même, ce capital étant l'instrument de toutes les opérations sociales et la source d'où, avec l'aide de l'activité personnelle des administrateurs, proviennent tous les profits (1).

63. Plus loin, la Cour fait une opposition entre le capital nominal et le fonds patrimonial « *asse patrimoniale* » (2).

Dans la limite du montant du capital nominal, on ne peut discerner ni gain ni perte.

Mais, avec la prospérité des affaires, l'actif dépasse le montant du capital nominal. Cet excédent est un gain et ne peut être autrement qualifié, s'il provient de l'usage qui a été fait de l'énergie productrice de la richesse préexistante (capital, bien instrumental) et si,

(1) Manara, p. 137-138.

(2) Manara, p. 140.

comme gain, il ressort, dans le bilan, de la comparaison de l'actif (patrimoine social) avec le passif (capital nominal et réserve). Or, le gain net, qui provient de la destination d'un capital à une entreprise industrielle est un produit industriel que la loi soumet à l'impôt, sans exiger que ce gain soit mis en distribution.

64. Les Chambres réunies en viennent ensuite à l'argument fondamental de la thèse adverse, à savoir que la provenance de la prime est un indice certain de sa qualité et de sa fonction de capital, parce qu'une somme versée par son propriétaire, dans sa propre affaire, ne peut être un gain, mais est nécessairement un capital (1).

A cet argument, la Cour répond que la prime n'est pas versée directement, dans sa propre affaire, par le propriétaire, la société, qui en préleverait le montant dans son patrimoine, préexistant à l'émission des titres, pour servir à la production d'une nouvelle richesse. Ce sont, au contraire, des personnes étrangères à la société qui le paient, en plus de la valeur nominale des actions, pour devenir actionnaires de la société qui peut, à son choix, ou le distribuer en dividende, à certaines conditions, ou le destiner à l'accroissement de son patrimoine.

Dans le premier cas, la nature de bénéfice de la prime est tout à fait évidente « *patentissima* », puisque seuls les bénéfices peuvent être distribués entre les actionnaires. Il en est de même dans le second cas, du moment que le capital nominal est intact et que, par conséquent,

(1) Manara, p. 141.

la prime accroît le patrimoine, autrement dit, constitue une richesse nouvelle soumise à l'impôt.

65. On objectait à la Cour que la prime doit aller au fonds de réserve, parce qu'elle est une partie de l'apport, c'est-à-dire du capital qu'on paie à la société pour acquérir qualité et droit d'associé. L'imputation du nouvel apport, en partie au capital et en partie à la réserve est nécessaire, ajoutait-on, pour établir l'égalité entre les nouveaux actionnaires et les anciens. Mais, riposte la Cour, on perd de vue, en formulant cette objection, que la loi ne reconnaît d'autre fonds de réserve que celui qui se compose de bénéfices « *utili* », de sorte que le simple fait du passage nécessaire de la prime au fonds de réserve serait un indice certain de sa nature de revenu et non de capital.

D'autre part, l'égalisation voulue des réserves au moyen de la prime serait, au regard du fisc, une raison de plus pour justifier l'imposition, étant donné que les réserves sont constituées par des bénéfices qui ont acquitté l'impôt (1).

66. On soutenait encore devant la Cour suprême, que la société, créature et instrument des associés, ne peut pas faire des bénéfices qui ne soient pas des bénéfices pour ceux-ci. Si, en effet, les associés disparaissent au regard des tiers, qui, dans la société par actions, se trouvent en face du fonds social lui-même, personnifié comme sujet de droit, il s'agit d'une pure fiction, qui ne

(1) Manara, p. 143

vaut que dans le cas où elle est liée à la fin pour laquelle elle a été imaginée (1).

La Cour niait que les gains et les pertes de la société doivent forcément se confondre avec ceux des associés. Elle faisait valoir qu'il est impossible de supposer, dans la société anonyme, l'existence d'une copropriété entre les associés, portant sur les biens même constituant le patrimoine autonome. Ce patrimoine autonome est une véritable entité juridique, déterminant, seule, les droits et les devoirs de l'être-moral vis-à-vis des associés eux-mêmes et vis-à-vis des tiers. De ce que la propriété est un droit absolu, erga omnes, il suit qu'on ne peut considérer, dans le même temps, un même droit comme transmis à la personne morale, vis-à-vis des tiers, et néanmoins demeuré aux associés, dans leurs rapports avec ladite personne morale.

67. On opposait encore aux Chambres réunies le fait que la prime ne provient pas de la gestion sociale, comme un produit normal de celle-ci. La Cour répond que la loi n'exige pas pour l'application de la taxe, que le revenu provienne d'un acte ordinaire, pas même d'un acte extraordinaire de gestion ; elle requiert seulement, pour cette application, un lien de cause à effet entre la force productrice préexistante et le phénomène de la nouvelle richesse.

Et d'ailleurs, par gestion on doit entendre tout ce qui est manifestation de l'activité sociale. C'est ainsi qu'il faut nécessairement considérer comme procédant de la gestion, le phénomène de la prime. Sans doute, la prime

(1) Manara, p. 144.

est produite grâce au jeu de la loi de l'offre et de la demande, mais elle est surtout produite grâce à la manière dont l'entreprise a été conduite, grâce au développement pris par les affaires et à l'espérance de profits « *proventi* » égaux ou accrus (1).

Le revenu de la prime est donc un résultat extraordinaire de gestion. Pour autant que dans la comparaison, au bilan, du patrimoine avec le capital statutaire augmenté de la réserve légale, ce revenu constitue un excédent du premier sur le second, il se résoud en une nouvelle richesse réalisée, c'est-à-dire en un accroissement nouveau du patrimoine lui-même, et, par conséquent, en un revenu industriel.

68. Enfin, se résumant, les Chambres réunies concluent que la prime, dérive du capital statutaire d'une façon extraordinaire, sans doute, mais toujours comme l'effet de la cause ; que la prime est ainsi un produit qui, dans la mesure où il constitue, en tout ou en partie, la différence résultant du bilan, entre l'actif et le passif, est une nouvelle richesse taxable.

III. — LA DOCTRINE. — THÈSE DE M. BONELLI. — THÈSE DE M. MANARA.

69. Nous venons de rappeler quelques-uns des arguments de la thèse de l'administration, devenue celle de la jurisprudence. La prime est considérée comme une nouvelle richesse accroissant le fonds patrimonial, à

(1) Manara, p. 147.

titre de revenu du capital statutaire, autrement dit, comme un bénéfice réalisé par la société. Cette thèse a été vivement combattue par la doctrine italienne.

Dès avant l'arrêt précité de la Cour de Cassation de Rome du 7 janvier 1909 qui, toutes Chambres réunies, lui donna une première consécration, les auteurs s'étaient élevés contre la prétention du fisc, d'exiger le paiement de l'impôt, frappant le revenu mobilier, sur le montant des primes perçues par les sociétés.

Nous devons à la lutte menée par la doctrine, des théories intéressantes, tant par leur originalité que par leur portée qui atteint parfois les principes fondamentaux du droit des sociétés.

70. Dans une étude publiée dans la *Rivista di diritto commerciale* (1), Bonelli, pour démontrer que la prime des actions n'est pas un bénéfice pour la société, s'attache à développer ce thème : l'émission n'est pas une opération faite par la société.

L'acte d'émission du capital originaire, écrit-il, est un acte qui précède logiquement la naissance de la société « *Nella società anonima poi la costituzione della società è preceduta dell' atto di emissione delle azioni, sulle quali la società deve fondarsi. Quando si emettono le azioni, la società non esiste ancora ; tanto che i promotori si considerano stipulanti a favore di un terzo non ancora sorto* » (2).

(1) Bonelli, *La questione del sovrapprezzo...*, op. cit., *Riv. di dir. comm.*, 1909.1.237, sqq.

(2) *Ibid.*, p. 244. L'auteur renvoie à Vivante *Trattato...*, 3^e éd., 425.

Dans le cas d'une augmentation de capital, ce n'est pas la société qui entre en rapport avec les nouveaux actionnaires, ce sont les anciens. C'est à ceux-ci, et non à la société, que s'agrègent les nouveaux actionnaires,

71. Mais, dira-t-on, la nouvelle émission n'est-elle pas le fait de la société ? N'est-ce pas elle qui en délibère par le moyen de ses organes ? N'est-ce pas entre elle et les nouveaux actionnaires qu'un rapport de droit va naître ?

Non, la société n'émet pas plus elle-même les actions, la seconde fois, qu'elle ne les a émises la première fois. La nouvelle émission a besoin d'être approuvée par les anciens associés, qui ne peuvent être contraints de faire partie d'une société différente de celle dans laquelle ils sont entrés. L'émission n'est pas un acte de gestion sociale. Elle est simplement un acte préparatoire de la constitution de la société. Ce sont les fondateurs qui offrent les actions de la première émission, pour la société qu'ils se chargent de fonder ; ce sont les administrateurs qui, avec le consentement des associés, offrent celles d'une émission ultérieure, pour la société qu'ils se chargent d'augmenter, c'est-à-dire de reconstituer.

L'émission n'établit pas un rapport contractuel, entre la société et de nouveaux associés ; encore moins, un rapport d'échange entre une société venderesse et des individus acheteurs. C'est un acte participant de la constitution, de la fondation d'une société, au moyen de l'apport d'un capital, divisé en parties proportionnelles.

Elle ne perd pas son caractère, parce que, avant qu'elle

ait lieu, existait déjà la société qu'elle tend précisément à reconstruire sur de nouvelles bases.

72. Donc, la société est toujours étrangère « *extranea* » à l'acte d'émission.

Est *extranea* la société préexistante, parce que ce n'est pas elle, mais ses actionnaires qui vont participer à la nouvelle société ; est *extranea* la société à la fondation de laquelle l'émission se réfère, parce qu'au moment de l'émission elle n'est pas encore née. Si, par l'émission, l'existence lui est acquise, elle ne peut dans le même temps faire un gain.

L'encaissement de la prime ne constitue dès lors un bénéfice, ni pour la société, composée des anciens actionnaires, qui est disparue au moment du versement de la prime, ni pour la société nouvelle, composée des anciens et des nouveaux actionnaires, qui n'apparaît qu'après que la prime a été versée.

73. La thèse de Bonelli ne va pas sans difficulté.

Manara (1) fait observer que si la société est conçue comme une personne distincte des personnes des associés, on ne voit pas comment l'augmentation du nombre des associés ou du capital versé par eux, peut influencer sur l'existence de la personne « société » et influencer de façon à déterminer sa mort.

D'autre part, ajoute Manara, si une société nouvelle se forme après la disparition de l'ancienne, les associés de la précédente société ne devront-ils pas payer la taxe

(1) Manara, *La preseta imponibilita...*, op. cit., p. 13.

d'apport pour tous les biens qui étaient auparavant la propriété exclusive de la personne morale disparue et qu'ils apportent, *ex novo*, à la nouvelle société pour lui donner la vie ?

Ne resterait-il pas d'ailleurs à se demander, en outre, quelle taxe serait due pour le transfert intermédiaire du patrimoine de l'ancienne société, personne juridique éteinte, aux personnes des anciens associés ?

En bref, Manara qualifie le système proposé par Bonelli, d'artificieux, de compliqué et de contraire à la réalité, parce que, dans la réalité, l'entrée de nouveaux membres dans le sein de la société, ou l'augmentation de son capital, n'entraîne pas la disparition de la société, ni la constitution *ex novo* d'une société nouvelle. Et le savant professeur à l'Université de Gênes explique la complication et l'erreur qu'il dénonce, par la nécessité, que s'était imposé son collègue, de maintenir à la fois l'existence de la communauté entre associés et celle de la personnalité morale de la société.

74. Convaincu de l'« influenza veramente deleteria » (1) qu'exerce sur la solution juste du problème de l'imposition de la prime, le concept de la personnalité des sociétés, Manara se propose de ruiner ce concept, pour lui substituer la notion de la *societa-comunione*.

De la considération de ce qu'est la société, il tirera alors les conclusions relatives à la nature de la prime elle-même (2). C'est l'objet de l'importante étude que

(1) Manara, *La pretesa...*, *op. cit.* p. 54.

(2) Chironi (*Riv. di dir. comm.*, 1910, 2, 74 sqq, note sous

nous avons déjà signalée, publiée à propos de l'arrêt des Chambres réunies de la Cour de Cassation de Rome, du 19 février 1910 (1).

75. La première conséquence du concept incriminé,

Cour d'appel de Milan, 30 novembre 1909), fait une objection fondamentale à la méthode de Manara.

La nature de capital ou de revenu d'une valeur, écrit-il, p. 75, ne peut être induite de la personne à qui va cette valeur. Elle est dans la réalité même des choses. Peu importe que la valeur, dont on discute, appartienne plutôt aux associés, qu'à la société considérée comme personne juridique. Donc, soumettre la décision concernant la nature de la prime à la solution à donner à la question de la nature de la société commerciale, non seulement n'est pas rendre la discussion plus facile, mais c'est y introduire un élément de perturbation. Ce qui devrait être une question de caractéristique objective se transforme en une question d'appartenance.

Pour Manara, au contraire, le concept d'après lequel toute société commerciale, en particulier la société anonyme, est en réalité, « *sul serio* », un sujet de droits différent des personnes des associés, exerce une influence décisive sur la solution de la question relative à la nature de revenu, au moins à l'égard de cette tierce personne, de la somme perçue à titre de prime.

Manara insiste fortement, et à plusieurs reprises, sur cette influence.

(1) Voyez un compte rendu de cette étude par J. P. *Annales de Droit Comm.*, 1911, p. 161-162.

La thèse développée par Manara dans son ouvrage: *Le pretesa imponibilità...*, se trouve déjà esquissée par lui dans un article paru à la *Riv. di dir. Comm.* 1909.1.128 sqq, sous le titre II *sovraprezzo delle azioni di nuove emissione et la imposta di R. M.* (Cf. notamment p. 129).

Selon le mot de Bonelli (cité par Manara lui-même: *la pretesa...* p. 12-13) la personnalité morale des sociétés est le *delenda Carthago* de Manara.

remarque notre auteur, est l'exclusion de la communauté entre associés.

Les Chambres réunies le reconnaissent d'ailleurs expressément : « *Ed in effetti, disent-elles, è primieramente impossibile il supporre la coesistenza nelle società anonime d'una proprietà fra i soci...* » (1).

Or, du concept faux de la personnalité morale des sociétés et de la notion vraie de la *società-comunione* dérivent deux solutions contraires pour le problème de la soumission de la prime à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières.

Si, en effet, la société détermine une communauté entre associés, si ceux-ci sont eux-mêmes les sujets des droits sociaux, il est clair que l'intégralité de la somme mise en commun par les nouveaux associés, constitue un capital, apporté par les communistes, capital qui doit être entièrement prélevé avant qu'on puisse parler de bénéfices ou de revenu social taxable.

Si, au contraire, la société est une tierce personne erga omnes, un sujet de droits différent des personnes physiques des associés, il paraît bien difficile de démontrer que la prime n'est pas un bénéfice pour cette tierce personne. Quand la personne « société » émet des actions avec une prime, elle fait une bonne affaire puisqu'elle encaisse le montant nominal de l'action augmenté de la prime et ne se reconnaît débitrice que du nominal.

76. Dans cette hypothèse, l'exclusion de la communauté entre associés, entraînant l'exclusion d'un fonds commun,

(1) Manara, *La pretesa...* op. cit., p. 16.

il ne saurait être question ni d'apports faits à ce fonds commun, ni du prélèvement de l'intégralité de la mise en commun, subordonnant l'existence d'un bénéfice. On ne doit tenir compte, dans les rapports de l'être moral « société » avec les autres personnes que du seul capital nominal et, par conséquent, de la seule valeur nominale des actions : « *Si da debito di quel valore nominale, perchè è quello, nel sistema della sentenza, il valore dell'azione del quale soltanto si deve tener conto nei rapporti fra la persona « società » e le altre persone* » (1).

Par conséquent tout ce qui excède le montant du capital nominal constitue un gain pour la personne « société ». Ce gain provient de la mise en valeur du capital statutaire, par l'activité propre de la personne morale. Il constitue donc pour cette personne un revenu taxable.

77. Or, les primes doivent être assujetties à l'impôt, parce qu'elles font partie de cet excédent taxable.

Etant donné le concept de la personnalité de la société, cette solution échappe à l'objection tirée de ce fait qu'il ne peut y avoir un gain ou une perte pour la société qui ne soit en même temps un gain ou une perte pour les associés. Car, pourquoi en serait-il ainsi, du moment que la société est une tierce personne au regard des associés ? Pourquoi, dit Manara, le gain et la perte de Titius devraient-ils, toujours et nécessairement, être aussi le gain et la perte de Caius ? (2).

(1) Manara, *La pretesa...*, *op. cit.*, p. 18.

(2) Manara, *La pretesa...*, *op. cit.*, p. 26.

78. D'autre part, si la société constitue une personne juridique, il faut nécessairement conclure que l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières devra être payé deux fois. Il est dû d'abord par la personne « société », pour ses revenus propres, c'est-à-dire pour tout ce qui dépasse le capital nominal, par conséquent, pour le montant des primes ; il est dû ensuite par les associés eux-mêmes pour leurs revenus propres, c'est-à-dire pour tout ce qu'ils reçoivent de la personne « société », soit sous forme de dividendes annuels, soit sous forme d'attribution, à l'extinction de la société, d'une valeur supérieure au capital nominal.

79. Appliqué au problème particulier de l'assujettissement des primes à l'impôt sur le revenu de la richesse mobilière, le principe de la personnalité des sociétés conduit à des résultats inadmissibles, et d'ailleurs démentis par la réalité, sur lesquels se fonde le professeur Manara pour conclure à la fausseté du principe lui-même (1).

La société ne constitue pas une personne juridique —

(1) Manara appuie son argumentation de nombreuses citations, empruntées notamment à Thaller, Saleilles, Troplong, de Vareilles-Sommières. — V. *passim*, surtout pp. 33 sqq et ch. II.

Ce n'est pas d'ailleurs que notre auteur se méprenne sur la malignité *pratique* du principe : « Je sais bien, écrit-il p. 23, que parmi les défenseurs de la personnalité juridique des sociétés, beaucoup sont loin d'en admettre toutes les conséquences. Mais, ajoute-t-il, cela n'enlève rien à leur nécessité logique. Et, dans le combat qu'il mène, il a la conscience « *di compiere un vero e proprio dovere, uno stretto obbligo di docente e di studioso* », p. 13,

per se stante, indipendente dai soci (1). — Il n'y a pas d'autre personne, sujet de droits, en dehors des personnes des associés. Telle est la première conclusion de Manara.

80. Voici la seconde :

Tout société détermine une communauté — « *comunione* » — entre associés. Cette communauté entre associés, ou copropriété des associés, englobe le fonds social, précisément mis en commun par tous les associés et composé des apports faits par chacun d'eux, en vue d'en retirer un bénéfice, au moyen d'une œuvre commune.

Il est de l'essence du contrat de société, qu'aucun des contractants ne cesse « *inlieramente* », ne cesse « *del tutto* » (2) d'être propriétaire de la chose apportée.

C'est ce qu'expriment les adages : *Nemo contrahendo societatem rei suae dominus esse desinit* et *Non est societas sine communione*.

Or, ce droit de copropriété des associés sur le fonds commun est le fondement de la démonstration qu'entreprend Manara pour établir que la prime a la nature d'un capital et non pas d'un revenu.

Voici comment il argumente :

81. L'ensemble des différents apports effectués par

(1) L'expression est empruntée au jugement du tribunal de Turin, du 29 juillet 1910, que nous citons au chapitre précédent. Elle est appliquée affirmativement à la définition de la société, envisagée comme contribuable.

V. Manara, *La pretesa...* op. cit., p. 20.

(2) Manara, *La pretesa...*, op. cit., p. 55.

chacun des associés, à la fondation de toute société, forme le fonds commun ou capital social originaire qui, dans la société par actions, est divisé idéalement en autant de quote-parts ou fractions qu'il y a d'actions, normalement représentées par des titres.

Ce fonds commun, ou capital social de la fondation de l'entreprise, correspond nécessairement à celui que, par opposition au capital effectif ou patrimoine social, résultant de l'exercice plus ou moins long de l'entreprise commune, on appelle capital nominal.

Au moment de la constitution primitive de la société, l'action est une quote-part de ce capital nominal. Tandis que les opérations sociales font varier le fonds commun originaire, le capital social *nominal* demeure fixe, précisément parce qu'il est nominal.

Il ne correspond pas à une réalité persistant dans le temps, mais c'est l'indication en chiffre de ce qu'était le fonds commun, au moment de la constitution de la société, chiffre qu'il faut toujours avoir présent à l'esprit, pour connaître la marche de l'entreprise.

Au contraire, le capital effectif ou patrimoine social, c'est-à-dire le fonds qui réellement, effectivement, constitue le patrimoine commun varie constamment.

82. A supposer que la variation du patrimoine commun se fasse dans le sens d'une augmentation, celle-ci se traduit par la constitution, à la fin de chaque exercice, des réserves légales ou facultatives.

Ces réserves ne sont que des bénéfices épargnés et capitalisés.

Les associés étant copropriétaires du fonds commun ou patrimoine social, sont également copropriétaires des bénéfices que ce patrimoine produit, grâce à la gestion sociale : bénéfices qui ne sont autres que des fruits civils appartenant par droit d'accession aux copropriétaires de la chose qui les produit. Si au lieu de répartir ces bénéfices sous forme de dividendes, les associés préfèrent les laisser dans le fonds commun pour les affecter à la production, il est naturel que ces bénéfices viennent accroître le fonds commun, patrimoine, capital effectif de la société.

Mais à la variation de valeur du tout, doit nécessairement correspondre la variation de valeur de la quote part ou fraction de ce tout, c'est-à-dire de l'action (qu'il ne faut pas confondre avec le titre matériel qui la représente).

83. Cela étant, une société par actions veut augmenter son capital nominal, en s'agrégeant de nouveaux associés. Que devront mettre dans le fonds commun ces nouveaux associés ?

Ils reçoivent des anciens associés la communication du patrimoine effectif de la société, tel qu'il se comporte au moment de l'augmentation de capital, et ils la reçoivent pour un nombre déterminé de quote-parts ou fractions de ce patrimoine. Ils doivent donc, à leur tour, communiquer, aux anciens associés, la valeur qu'ont ces quote-parts, dans le même moment.

Cette somme, que les nouveaux associés versent dans la caisse commune est leur apport, qui correspond parfaitement, non pas dans l'ordre matériel, mais dans

l'ordre des concepts, à l'apport que firent les anciens associés, quand ils s'unirent en société, compte tenu du temps écoulé, des opérations faites pendant ce temps, (avantageuses par hypothèse) qui ont déterminé l'augmentation de valeur du patrimoine social par rapport au fonds commun originaire ou capital nominal.

C'est en vue de la poursuite d'un gain que les nouveaux associés apportent en société tout ce qu'ils versent en équivalent des actions nouvelles qu'ils reçoivent.

Or, il n'est pas possible de parler de gain si, déjà n'est pas sauf tout ce qu'ils ont mis en commun, précisément pour réaliser ce gain.

84. La société n'encaisse donc pas un bénéfice, quand elle émet des actions nouvelles avec une prime, parce que la société ne constitue par une autre personne, différente des associés, mais constitue leur collectivité et parce que, la communauté entre associés ou copropriété des associés persistant *durante societate*, tout ce qui a été mis en commun doit être repris par les associés avant qu'on puisse parler de gain social ou de gain fait par les associés, en tant que tels, au moyen de l'exercice de l'entreprise collective.

Telle est, en résumé, la théorie longuement développée par Manara.

85. Il eût dû suffire, à cet auteur, de nous amener à conclure que la prime ne constitue pas un bénéfice pour la société et, par conséquent, ne saurait être confondue avec un revenu social, soumis comme tel à l'impôt qui frappe le revenu d'origine mobilière.

Pourquoi faut-il qu'il ait cru nécessaire de donner de plus, et comme incidemment, une définition positive de la prime ?

Versée dans le patrimoine commun, la prime, écrit-il, est un apport : « *è appunto nel momento che (il sopra-prezzo) entra nelle casse della società che ha il carattere di conferimento, vale a dire di messa in comunione* » (1).

Pour l'auteur que nous étudions, en effet, tout ce qu'on apporte, autrement dit, tout ce qu'on met en commun, est un apport : « *tutto ciò che si conferisce, vale a dire si mette in comunione, è conferimento* » (2).

Mais il ne suffit pas de remarquer que la prime est mise en commun pour être autorisé à dire qu'elle est un apport. Si en effet tout apport est mis en commun, il ne s'ensuit pas que toute mise en commun soit un apport.

La notion d'apport en société est une notion autrement complexe que celle à laquelle semble se référer Manara.

(1) Manara, *La pretesa...*, *op. cit.*, p. 111.

(1) Manara, *La pretesa...*, *op. cit.*, p. 119.

Voyez encore p. 111: tout ce que le nouvel associé verse dans les caisses sociales, comme équivalent des actions nouvelles qu'il reçoit, il le *met en commun, le rend commun, le communique* à tous les autres associés. D'évidence intuitive, c'est là le caractère de l'apport.

«... tutto quanto il nuovo socio versa nelle casse sociali in corrispettivo delle azioni di nuova emissione da lui ricevute, egli *mette in comunione*, ossia *rende comune, o comunica* a tutti gli altri soci, che è di evidenza intuitiva..., il carattere di conferimento ».

86. A la vérité, cependant, il est fait allusion, dans l'étude que nous venons d'analyser, à d'autres caractéristiques de l'apport. Au sujet de l'expression « *sopra-conferimento* » proposée pour désigner la prime, on lit :

Pour la détermination de la vraie nature de ce qu'on appelle « *sopraprezzo* », l'adoption du nouveau terme de « *sopra-conferimento* » (excédent sur l'apport) n'aurait aucune importance. Si, en effet, les nouveaux associés effectuent un *sopra-conferimento* (versent un excédent sur l'apport), ils l'effectuent de même à titre de mise en commun et *en vue de retirer un gain* et de reprendre, à la dissolution de la société, *tout le montant de ce qu'ils ont mis en commun*. Il s'agit donc toujours et à proprement parler, d'un véritable apport.

« Ma allo scopo di determinare la vera natura del così detto sopraprezzo, il nuovo termine, che si adottasse, di sopra-conferimento non avrebbe importanza alcuna ; perchè, se i nuovi soci fanno un sopra-conferimento, essi lo fanno pur sempre a titolo di messa in comunione e *nella mira di trarne un guadagno e riprendersi poi, allo scioglimento della società, tutto quanto hanno messo in comunione* ; dunque si tratta pur sempre di vero e proprio conferimento » (1).

Ainsi donc, la prime serait un véritable apport, au sens propre du mot, parce que l'associé, qui en fait le versement, a en vue le bénéfice à retirer de sa mise, *durante società*, et l'espoir de la prélever, au même

(1) Manara *La pretasa...* op. cit., p. 119-120.

titre que le nominal, à la dissolution de la société. Or, lorsque nous tenterons de définir l'apport, il nous apparaîtra précisément que ces éléments, proprement caractéristiques de l'apport, ne se retrouvent pas, en fait, dans la prime.

Nous devons ici nous borner à exprimer nos regrets de voir un auteur aussi puissant que Manara prendre assez imprudemment parti pour une thèse dont l'analyse nous révélera l'inexactitude.

87. Malgré les efforts de la doctrine, la jurisprudence, nous l'avons vu, finit par donner définitivement raison au fisc.

Il fut donc établi en fait que la prime était soumise à l'impôt sur le revenu de la richesse mobilière. Les sociétés cherchèrent alors à se soustraire à cette nouvelle charge fiscale et en vinrent pratiquement à renoncer à émettre des actions au-dessus du pair (1).

Le plus souvent, toutes les actions, émises au pair furent réparties, par droit de préférence, entre les anciens actionnaires.

Ce procédé n'allait pas sans inconvénients.

L'importance relative des réserves, c'est-à-dire la part

(1) Les auteurs eux-mêmes s'étaient déjà employés à rechercher, pour les proposer aux sociétés, les moyens idoines d'échapper au paiement, estimé injuste, de l'impôt sur le revenu frappant les primes.

V. notamment Scialoja préconisant l'émission des actions nouvelles sans prime avec un traitement égal à celui des anciens titres mais à un taux *nominal* plus élevé.

Riv di dir. comm. 1907-1-568 à 573.

de réserves afférente à chaque action, se trouvait diminuée. De plus, c'était l'affaiblissement des sociétés, car elles devaient, avec les mêmes réserves, faire face aux aléas accrus d'une entreprise que l'augmentation de capital avait développée.

Enfin le droit des sociétés se trouvait contrarié dans son développement naturel.

IV. — LA LOI

88. Un décret-loi, en date du 25 octobre 1925 (1) vint porter remède à ces désordres. Il exempta de l'impôt sur les revenus de la richesse mobilière la prime perçue par les sociétés, lors de l'émission de nouvelles actions.

Le § 1 de son article unique porte en effet :

« Il sopraprezzo realizzato da società commerciali con l'emissione di nuove azioni sociali è esente da imposta sui redditi di ricchezza mobile ».

(1) *Gazzetta ufficiale del regno d'Italia*, 27 ottobre 1925, p. 4333, n° di pubb. 2075.

CHAPITRE III

EN BELGIQUE

I. — LA JURISPRUDENCE

89. En Belgique, la question des primes a été passionnément discutée. De même qu'en Italie, ce sont les prétentions du fisc qui animèrent la controverse et il fallut également une loi pour y mettre fin.

A une exception près, la difficulté qui se présentait à l'examen des cours belges était semblable à celle qu'avaient à résoudre les juges italiens. Il s'agissait de dire si les primes perçues par les sociétés, en surplus du montant nominal des actions émises, étaient sujettes au droit de patente.

Ce droit est établi par la loi du 22 janvier 1849 qui vise, dans son art. 3, les bénéfices annuels des sociétés anonymes.

90. Un arrêt de la Cour de Liège, du 20 juin 1883 (1), avait décidé, sans d'ailleurs tenter de l'analyser et de la définir, que la prime devait échapper à l'impôt de la patente.

La Cour fonde sa solution sur la remarque que si le

(1) *Belgique Judiciaire*, 1884, p. 124.

fonds de réserve, qui forme la propriété commune des associés, s'est accru du montant des primes, le nombre des actions s'est accru aussi, en sorte que la part afférente à chaque action dans la réserve n'a pas été augmentée. En conséquence, les actionnaires n'ont pas réalisé un bénéfice ; la société non plus. La Cour repousse, en effet, comme inadmissible, la distinction que l'administration des Finances avait proposée, entre la société, être moral, et les associés considérés individuellement.

La Cour de Liège allait d'ailleurs abandonner plus tard sa manière de voir et fixer, par un arrêt du 5 mai 1909 (1), l'attitude de la jurisprudence, définitivement favorable au fisc.

91. Entre temps, la Cour d'appel de Bruxelles avait eu à examiner si, du point de vue du droit civil, la prime doit être ou non considérée comme un bénéfice réalisé par la société qui la perçoit.

L'arrêt de la Cour de Bruxelles, du 20 mars 1908 (2), est le seul qui, rendu en notre matière, n'a pas eu à résoudre le problème au point de vue fiscal.

La société anonyme des Verreries belges avait convenu avec son directeur que celui-ci toucherait chaque année un tantième calculé sur les bénéfices de la société, constatés au bilan.

Le directeur prétendait toucher son tantième sur le

(1) *Rev. prat. des Sociétés*, 1909, n° 1976, p. 223. L'évolution de la jurisprudence se fait dans le même sens en Belgique et en Italie.

(2) *Rev. prat. des Soc.*, 1908, n° 1877, p. 115.

montant des primes perçues par la société, lors d'une émission d'actions au-dessus du pair.

Le tribunal de Charleroi, jugeant, d'une part, qu'il résultait de l'esprit de la convention des parties que celles-ci avaient eu exclusivement en vue le bénéfice industriel et estimant, d'autre part, que l'émission d'actions au-dessus du pair n'est pas une opération industrielle, avait débouté le demandeur par un jugement du 19 mars 1907 (1).

La Cour de Bruxelles réforma la décision du tribunal.

Elle estime qu'aucun des éléments de la cause ne fournit la preuve que les parties auraient voulu modifier le sens usuel du mot bénéfice et n'entendre par ce mot que les résultats provenant de l'industrie sociale.

Cela étant, « attendu, dit la Cour, que *dans le sens*
« *général ou usuel du mot, il y aura bénéfice ou perte,*
« *lorsque, à la fin de l'exercice, l'avoir net de la société,*
« *la valeur réellement mise en commun, subira une*
« *modification, soit en excédent, soit en déficit, ce que*
« *devra faire ressortir le bilan, celui-ci ne pouvant être*
« *que l'exposé fidèle de la situation réelle de la société :*
« *qu'ainsi tout excédent sur le capital nominal constitue*
« *un bénéfice, dans le sens usuel du mot.* »

La Cour conclut que, dans l'espèce, la somme représentant le montant des primes, portée au bilan, au fonds d'amortissement, « *constitue, au sens usuel du mot, un*
« *bénéfice, puisqu'il résulte du même bilan qu'elle cons-*
« *titue un excédent sur le capital social* ».

(1) *Rev. prat. des Soc.*, 1908, n° 1877, p. 115-116, sous Cour d'appel de Bruxelles. V. commentaire de J. Corbiau, n° 1878, p. 117.

92. Cette citation, qui contient toute l'argumentation positive de la Cour, suffit à nous édifier : la question y est uniquement résolue par la question.

D'une part, en effet, il est manifeste que, si l'on s'en tient à une description pure et simple du phénomène, la prime n'est pas autre chose précisément qu'un excédent sur le capital nominal de l'action.

D'autre part, s'il est loisible au juge de dire que lorsqu'il y aura bénéfice, l'avoir net de la société subira une modification en excédent, ce qui revient à définir le bénéfice social comme un excédent sur le capital nominal, il ne suit aucunement de cette définition la démonstration de la proposition inverse, à savoir que tout excédent sur le capital nominal constitue *nécessairement* un bénéfice social.

Dès lors, la conclusion de la Cour n'est pas fondée, parce que n'est pas démontrée la majeure sur laquelle elle s'appuie (1).

(1) Voyez, contre la thèse de la Cour d'appel de Bruxelles, arrêt précité du 20 mars 1908, les critiques de M. G. Cornil, dans *Belgique Judiciaire*, 1908, p. 921-928 et celles du *Moniteur des Intérêts matériels*, 1908, pp. 1399 et 1660. Cependant, la solution donnée par la Cour a été adoptée, dans une espèce analogue, par un jugement du tribunal de commerce de Bruxelles du 26 mars 1913 (*Rev. prat. des Soc.*, 1913, n° 2317, p. 159-161. Il est vrai que, dans un autre jugement rendu le même jour, le tribunal de commerce de Bruxelles (*Rev. prat. des Soc.*, 1914, n° 2389, p. 92-93) semble consacrer la thèse contraire, mais l'opposition n'est qu'apparente, car elle tient uniquement à une différence de fait et n'affecte en rien le principe.

Il s'agissait également du directeur d'une société anonyme qui prétendait faire porter son droit à un tantième dans les bénéfices

93. En matière fiscale, à nouveau, cinq espèces différentes, posant toutes la même question de droit, se présentèrent devant la Cour de Bruxelles, qui statua par cinq arrêts, le 25 janvier 1913 (1), reconnaissant dans les primes un bénéfice imposable au droit de patente.

Enfin, la Cour de Cassation fut elle-même appelée à se prononcer. Elle consacra à son tour la thèse fiscale par six arrêts, en date des 23 juin, 30 juin et 7 juillet 1913 (2).

sociaux, sur le montant des primes résultant de l'émission de nouvelles actions.

Mais il était stipulé dans la convention d'engagement du directeur — et c'était là une circonstance de fait particulière à cet espèce — que sa participation n'aurait pour objet que ceux des bénéfices sociaux qui auraient été « *produits par son département* ».

Le tribunal a estimé que cette clause manifeste l'intention des parties d'apporter une restriction au droit du directeur, de ne point le faire porter sur tous les bénéfices quelconques, mais seulement sur les bénéfices « qui pourraient être considérés comme *résultant spécialement de l'accomplissement de ses fonctions* ».

Or, il est manifeste que l'encaissement des primes par la société n'est pas le résultat spécial de l'accomplissement des fonctions d'un directeur, alors même, et quoique le tribunal semble insinuer le contraire, que ce directeur aurait été chargé de l'émission.

(1) L'un de ces arrêts est rapporté par la *Rev. prat. des Soc.*, 1913, n° 2302, p. 67. Les autres décisions rendues le même jour, par la même Cour, ne diffèrent de l'arrêt rapporté que « par des détails qui tiennent dans chaque cas aux particularités du fait et qui sont sans intérêt quant à la question de droit ». *Rev. prat. des Soc.*, 1913, p. 92.

(2) Ces arrêts sont identiques pour le fonds. Voyez le texte de l'un des arrêts du 30 juin. *Rev. prat. des Soc.*, 1913, n° 2321, p. 188.

94. Comment la jurisprudence belge justifie-t-elle la perception du droit de patente opérée sur le montant des primes, déduction faite des frais de l'émission?

Elle invoque généralement la lettre même des textes qui organisent l'impôt de la patente et notamment l'article 3 de la loi du 22 janvier 1849. Cet article est ainsi rédigé :

« Art. 3. — Le droit de patente des sociétés anonymes
« est fixé à $1 \frac{2}{3}$ % du montant des *bénéfices* annuels.
« On entend par *bénéfices*, les intérêts des capitaux
« engagés, les dividendes et généralement toutes les
« sommes réparties à quelque titre que ce soit, y com-
« pris celles affectées à l'accroissement du capital social
« et les fonds de réserve. »

La Cour de Liège (arrêt du 5 mai 1909 précité), tire de ce texte que « sont patentables toutes les sommes ou
« valeurs nouvelles produites au cours de l'exercice con-
« sidéré et qui sont réparties ou répartissables, après
« déduction des charges et reconstitution du capital
« nominal. »

« Attendu, poursuit la Cour, qu'il résulte de l'examen
« du bilan de l'exercice 1906-1907 de la société appelante
« que la somme litigieuse de fr. 731.326,30 (montant
« des primes), pouvait être, après règlement de toutes
« les charges sociales, distribuée aux actionnaires, sans
« porter atteinte au capital de deux millions (capital
« nominal), que telle eût été notamment la situation en
« cas de dissolution de la société appelante, à la date de
« la clôture de ce bilan ; que, dans cette hypothèse,
« l'appelante, après avoir éteint tout son passif et rem-

« boursé son capital, se fut encore trouvée nantie des
« fr. 731.326,30 litigieux ; que, dès lors, *cette somme*
« *revêt le caractère d'un bénéfice net réalisé au cours de*
« *l'exercice, et, par conséquent patentable ; que si, au*
« *lieu d'être répartie, elle a été conservée dans le patri-*
« *moine de la société, elle ne peut être considérée que*
« *comme une « somme affectée à l'accroissement du*
« *capital social » ou comme un « fonds de réserve » ex-*
« *pressément compris par l'art. 3 de la loi du 22 janvier*
« *1849, parmi les bénéfices atteints par la patente. »*

95. Comment la Cour peut-elle dire que, distribuée aux actionnaires, notamment en cas de dissolution de la société, à la date de la clôture du bilan, la prime revêt le caractère d'un bénéfice net réalisé au cours de l'exercice ?

N'apparaît-il pas que la distribution de ce prétendu bénéfice le fera précisément fondre comme neige au soleil ?

La prime distribuée aux actionnaires n'est, en effet, nous l'avons vu, un bénéfice pour aucun d'eux (1).

(1) On peut supposer que le montant de la prime, imposée aux actionnaires nouveaux, dépasse la part afférant aux nouvelles actions dans les réserves accumulées au jour de l'émission. Cette circonstance de fait est précisément relevée par la Cour d'appel de Liège dans l'arrêt du 5 mai 1909 dont il s'agit au texte (*Rev. prat. des Soc.* 1909, voyez p. 225, 2^e al.) et par la Cour d'appel de Bruxelles, arrêt du 25 janvier 1913 précité (*Rev. prat. des Soc.* 1913, voyez p. 71-72).

Dans cette hypothèse, on ne peut pas nier que la distribution des primes procure un bénéfice aux anciens actionnaires. Cependant,

Quoique la Cour prétende que « c'est le patrimoine
« social seul qui est débiteur de la patente, ... que dès
« lors pour l'application des lois fiscales, ...il n'échet pas
« de prendre en considération l'avantage ou le désavan-
« tage que l'émission d'actions avec prime a pu présen-
« ter pour les actionnaires anciens ou nouveaux... », nous ne perdons pas de vue que la personnalité morale des sociétés n'est tout de même qu'une fiction, dont le rôle peut être de faciliter l'explication de certains phénomènes réels, mais non pas de contredire la réalité elle-même.

Il nous apparaît au contraire que, sous peine de porter les problèmes dans un monde purement idéal, on ne peut considérer l'avoir social qu'en relation avec les associés, à qui il appartient en définitive, surtout quand, à l'instar de la Cour, on place le jeu de l'hypothèse choisie comme démonstrative au moment même de la dissolution de la société (1).

96. La loi fiscale a statué *de eo quod plerum fit*.

même dans ce cas, il ne nous paraît pas admissible qu'on mette à la charge de la société tout entière, c'est-à-dire, en définitive, à la charge de tous les associés, le paiement d'un impôt qui vise un bénéfice réalisé par un certain nombre d'associés, à l'exclusion de tous les autres.

(1) S'il était vrai que les associés disparaissent entièrement devant la personnalité juridique de la société, comme le veut la Cour, il faudrait dire que la personne morale s'est enrichie non seulement du montant des primes, mais encore du produit tout entier de l'émission.

Quoiqu'en dise la Cour, en effet, la valeur nominale des actions émises, pas plus que le montant des primes, ne constitue une dette contractée par la société vis-à-vis des porteurs d'actions, puisque

Normalement, en effet, « l'accroissement du capital » aussi bien que la « réserve », visés par l'art. 3 de la loi du 22 janvier 1849 que nous avons citée, sont constitués par des bénéfices accumulés.

L'esprit de la loi est extrêmement net. C'est le *bénéfice social* qui est atteint, sous les différentes formes qu'il revêt ordinairement : intérêts, dividendes, accroissement du capital, réserve.

Dès lors que, par exception, ces formes ne recouvriraient pas un véritable bénéfice, la loi ne trouverait plus son application.

C'est pourquoi nous nous refusons à admettre que le fisc puisse légalement frapper un accroissement de capital ou une réserve, s'ils *proviennent directement d'un versement effectué par les associés eux-mêmes*.

97. La jurisprudence belge ne tient aucun compte de cette circonstance qui nous paraît, à l'évidence, écarter toute possibilité de bénéfice.

C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Cassation du 1^{er} décembre 1913 (1) considère, comme bénéfice atteint par la patente, la différence entre l'évaluation de certains apports, faite lors de la constitution de la société, et une évaluation supérieure de ces mêmes apports, à la fin du premier exercice, alors que ces apports avaient eu, dès la constitution de la société, la valeur déclarée à la fin du premier exercice.

ceux-ci n'ont aucun droit de créance à faire valoir contre la société pour la valeur des actions qu'ils possèdent, pas plus pour le nominal que pour la partie correspondante à la prime.

(1) *Rev. prat. des Soc.*, 1914, n^o 2393, p. 111-112.

S'il est ainsi permis au fisc de réclamer l'impôt de la patente, alors qu'aucune valeur nouvelle n'est entrée dans le patrimoine social, pas même sous la forme d'une plus-value des valeurs déjà existantes, à fortiori, sera-t-il admis à frapper la prime, qui est un élément nouveau introduit dans le fonds social.

Mais, du coup, la jurisprudence qui l'y autorise perd son intérêt pour le juriste seulement préoccupé de former sa conviction, relativement à la nature de la prime.

98. L'étrange théorie de la Cour de Bruxelles, (arrêt du 25 janvier 1913, précité) à laquelle nous arrivons maintenant, met bien en relief la difficulté éprouvée pour tenter de justifier la perception de l'impôt de la patente, sur le montant des primes.

La Cour considère que « l'opération, qui a abouti à
« l'encaissement de la prime d'émission et des apports
« des nouveaux actionnaires, était aléatoire surtout à
« cause de la prime exigée....., que la société, escomp-
« tant le succès, en a avancé, à ses risques et périls, les
« frais qui ont été assez élevés, qui l'auraient été beaucoup
« moins s'il ne s'était agi que d'apports sans prime et
« qui ont évidemment été exposés principalement dans
« le but de faire entrer la prime dans la caisse sociale ;
« que tout en n'étant pas une opération habituelle et
« journalière de la réquérante, l'émission a néanmoins
« constitué une spéculation financière, qui a été entre-
« prise par la société et qui rentre dans sa sphère d'action.

« Attendu, poursuit la Cour, que si cette spéculation
« a pu réussir ce n'est que grâce à l'existence, certaine et
« connue du public, des capitaux et réserves possédés

« par la société ; qu'en dehors des apports proprement
« dits des nouveaux actionnaires, le produit de l'opéra-
« tion d'émission est donc, en réalité, un profit qui a été
« retiré des capitaux et réserves et que sans eux il eût
« été impossible de recueillir ».

Or, lisons-nous plus haut, au texte du même arrêt,
« il résulte des discussions de la loi de 1849 et spéciale-
« ment des explications données, sans avoir été contre-
« dites, par le ministre des finances, qu'en se servant du
« mot « intérêts » le législateur a eu pour but d'atteindre
« tous les profits qui peuvent être retirés des capitaux
« engagés ; que d'après le vœu de la loi..., tous ces
« profits, sans aucune exception, sont donc imposables
« quelle que soit la manière dont ils ont été acquis ».

Et voilà comment les primes, imposées aux souscrip-
teurs des actions nouvellement émises, sont frappées par
l'impôt de la patente, au titre d' « *intérêts des capitaux*
« *engagés* » !

Evidemment, cela ne va guère de soi et il n'est pas trop
des explications de la Cour, pour nous faire entrevoir
comment cela peut-être. Mais il y a plus.

99. Dans une importante étude publiée dans la Revue
pratique des Sociétés (1), M. Louis Wodon, commentant
l'expression « intérêts des capitaux engagés », insérée
dans l'art. 3 de la loi de 1849, fait ressortir que ces mots
n'avaient été introduits dans le texte légal que pour
armer le fisc contre la prétention de certaines sociétés
qui, pour se soustraire à une partie de l'impôt, stipu-

(1) *Rev. prat. des Soc.*, 1913, n° 2303, p. 72 à 107.

laient que l'on prélèverait sur les *bénéfices* une portion fixe qui serait attribuée aux actionnaires, sous le nom d'intérêts.

« On affirma que la loi n'atteignait, dans ces conditions, que la fraction des bénéfices distribuée en sus de ces prétendus intérêts » (1).

Pour justifier la solution donnée par elle, il ne servait donc de rien à la Cour de Bruxelles de tenter de nous montrer que les primes sont un profit tiré des capitaux et réserves, profit visé par la loi sous l'expression « intérêts des capitaux engagés », car il lui restait encore à prouver directement que ce profit, ou les primes qui le représentent, constitue un *bénéfice* réalisé par la société. C'est là le point capital de la question, vers lequel on est infailliblement ramené, quels que soient les artifices employés pour éluder sa discussion.

100. La Cour de Cassation (arrêt précité du 30 juin 1913) est mieux inspirée. Elle pose en principe que la détermination de la nature vraie de la prime n'importe en rien, dans le débat. Quelle que soit, en effet, cette nature, la prime est frappée par la loi fiscale, *comme si elle était* un bénéfice, car, tout ce qui, dans l'avoir net, dépasse la valeur des apports proprement dits (ceux que les associés se sont engagés à ne pas reprendre pendant la durée du contrat) constitue un enrichissement du fonds social, ou un « accroissement de capital » (*accrescen van kapitaal boven den primitiven inleg*) frappé par l'impôt à titre de bénéfice.

(1) *Rev. prat. des Soc.*, 1913, p. 94.

L'arrêt insinue ailleurs, nettement, qu'il existe une conception *fiscale* du bénéfice, dans laquelle entre la prime.

« Attendu...

« Que la loi frappe le fait de l'accroissement du fonds
« social et *qu'elle donne ce caractère et celui de bénéfice,*
« à tout ce qui, dans l'avoir net, dépasse la valeur des
« apports, représentée par le capital statutaire, sans dis-
« tinguer entre le revenu ou produit normal de l'activité
« sociale et les plus-values *de tout genre* qui, réalisées au
« cours de l'exercice considéré, ont pu *grossir le patri-*
« moine ; » (1)

A la suite de la Cour de Cassation belge, mais avec plus de netteté et d'assurance, nous verrons l'administration de l'enregistrement et la jurisprudence françaises invoquer les conceptions fiscales du bénéfice et de l'apport, et opposer cet argument, comme une fin de non-recevoir radicale, à toute critique fondée sur les principes du droit civil. Nous apprécierons, le moment venu, la valeur de cette objection.

101. Revenant à la jurisprudence belge, dans la matière de la prime, nous remarquerons, et ce sera notre conclusion, que si l'on peut tirer, de la *lettre* des textes, une raison de frapper la prime, car il est difficile de nier qu'elle ne rentre pas sous l'expression très large et très imprécise de sommes « affectées à l'accroissement du capital social », on ne peut le faire qu'en heurtant *l'esprit* même des lois créant l'impôt de la patente.

(1) *Rev. prat. des Soc.*, 1913, p. 190.

Comme l'explique M. Louis Wodon (1) le droit autrefois assis sur le *capital* des sociétés anonymes a été remplacé, depuis une loi du 21 mai 1819, par le droit de patente, établi sur les *bénéfices*.

« L'impôt sur les bénéfices est un impôt sur le revenu.
« Tout procédé fiscal qui aboutirait à qualifier revenus
« des éléments patrimoniaux auxquels l'économie financière applique la notion de capital devrait *a priori* être
« tenu pour suspect, comme tendant à restaurer le système que le législateur de 1819 a condamné et que les
« lois ultérieures n'ont point voulu rétablir » (2).

II. — LA DOCTRINE. — THÈSE DE M. J. CORBIAU. —
THÈSE DE M. L. WODON.

102. Dans une note parue à la *Revue pratique des Sociétés* (3), M. J. Corbiau, commentant l'arrêt de la Cour de Bruxelles qui décide que la prime constitue un bénéfice réalisé par la société, soumis à la participation bénéficiaire du directeur, se demande comment la question de principe a pu seulement être discutée.

« Du moment, en effet, écrit-il, que le bénéfice social
« se constitue tout simplement d'un excédent de l'avoir
« social net sur le montant nominal du capital, n'est-il

(1) Nous ne pouvons insister sur ce point. Nous renvoyons le lecteur à l'article déjà cité de la *Rev. prat. des Soc.*, 1913, pp. 72-107 et notamment aux pages 93 et suiv.

(2) L. Wodon, *Rev. prat. les Soc.*, 1913, p. 93.

(3) *Rev. prat. des Soc.*, 1908, n° 1878, p. 117-122.

« pas d'évidence même que le bénéfice existe dès que cet
« excédent existe ? »

La nature des espèces qui se sont présentées en jurisprudence amène M. J. Corbiau à appliquer sa doctrine à la matière du droit fiscal de la patente des sociétés anonymes.

Il constate que la loi positive établit l'impôt de la patente sur tous les bénéfices distribuables exclusivement.

Il conclut de là, qu'au regard du fisc est « bénéfice, « parce que stock distribuable, tout ce qui dépasse le « capital nominal » (1). En sorte que, poursuit-il, « en « cas d'augmentation de ce capital nominal, la somme « versée en primes sur les nouvelles actions, au-dessus « du montant chiffré de celles-ci, vient à dépasser de « tout son import le chiffre du capital nominal nouveau... ces primes sont... au point de vue particulier « et extrinsèque du régulateur légal de la notion des « bénéfices distribuables, au-dessus de ce niveau de répartition, donc du bénéfice distribuable » (2).

103. Cependant, M. J. Corbiau convient par ailleurs que la prime « surplus de versement, exigé des nouveaux « actionnaires, en équivalence de la plus-value donnée « depuis la constitution, par la prospérité sociale, aux « anciennes actions et ayant pour unique but de maintenir l'égalité de valeur effective entre ces titres anciens « et les titres nouveaux, ne constitue, de la part des nouveaux actionnaires qui la versent, autre chose qu'un

(1) *Rev. prat. des Soc.*, 1913, p. 110.

(2) *Rev. part. des Soc.*, 1913, p. 111.

« supplément d'apport ; qu'ainsi constitutive d'un simple
« apport, d'une simple mise, cette prime doit, dans la
« théorie juridique, être considérée comme étant, à l'ins-
« tar de tout apport, une partie du capital et que par
« conséquent *elle ne peut*, dans cette conception de prin-
« cipes généraux, *être réputée bénéfice ni pour les nou-*
« *veaux actionnaires* qui l'apportent en mise, *ni pour les*
« *anciens associés* à qui elle ne fait qu'assurer le main-
« tien de l'égalité entre eux et les premiers et qu'elle se
« borne à prémunir d'une perte » (1).

104. Comment se fait-il, nous le demandons, que la prime puisse, à la fois, être un bénéfice réalisé par la société, à raison de ce qu'elle est un excédent sur le capital nominal, et, constituant un apport, être comme tout apport, une partie du capital qui ne peut être réputé bénéfice pour aucun des associés ?

Si elle n'est un bénéfice pour aucun des associés, elle ne peut pas être un bénéfice social, et alors comment notre auteur a-t-il pu approuver la solution de la Cour de Bruxelles reconnaissant que le tantième dans les *bénéfices sociaux*, auquel avait droit le directeur de la société en cause, frappait le montant des primes ?

M. J. Corbiau tente d'expliquer cette difficulté par le caractère « étrange et contradictoire » (2) de la volonté exprimée par la société, lorsqu'elle décide de laisser en dehors du capital nominal le versement complémentaire de la prime, à effectuer par les nouveaux actionnaires.

(1) *Rev. prat. des Soc.*, 1913, p. 108-109.

(2) *Rev. prat. des Soc.*, 1913, p. 110.

Supprimer la prime elle-même serait, à coup sûr, supprimer radicalement tout problème relatif à la prime.

Cependant, quoiqu'en dise M. J. Corbiau (1), il s'en faut que la société puisse indifféremment adopter d'autres formules d'émission, notamment faire souscrire les actions nouvelles à un montant *nominal* supérieur, en augmentant en même temps et d'autant le pair nominal des anciennes actions.

Ne serait-ce qu'au point de vue de l'inscription, au passif du bilan, du poste « capital » accru de cette augmentation, comme aussi au point de vue de la charge de la dotation obligatoire de la réserve légale, qui ne voit la différence entre le procédé préconisé et le procédé incriminé, tout à l'avantage de ce dernier ?

105. Enfin, M. J. Corbiau, quoiqu'il ait soutenu la thèse fiscale adoptée par la jurisprudence, ne peut s'empêcher de regretter qu'elle ait finalement triomphé devant la Cour de Cassation. « Nous nous rendons parfaitement
« compte, écrit-il, (2), de ce qu'il y a, en raison et en
« équité, de choquant à frapper d'un impôt, relevant de
« l'idée d'impôt sur le revenu, des sommes qui, pro-
« venant entièrement et exclusivement d'apports, ne sont,
« en objectivité économique, comme en analyse juridi-
« que, que du capital ».

106. M. L. Wodon combat ouvertement la thèse du fisc et de la jurisprudence.

(1) *Rev. prat. des Soc.*, 1913, p. 111-113.

(2) *Rev. prat. des Soc.*, 1913, p. 190.

Il estime que la nature de la prime n'est pas juridiquement distincte de celle du nominal : l'une et l'autre constituant les fractions qui divisent un même apport de capital.

Supposons, dit-il, que les actionnaires nouveaux fussent entrés dans la société au moment de sa fondation. A ce moment, la valeur de leurs actions eût été la même que celle des actions des actionnaires effectifs — ceux qui sont, au jour de l'augmentation de capital, les anciens actionnaires — et cette valeur se fût confondue alors avec la valeur nominale des titres.

Après un certain laps de temps, la situation aurait été précisément celle qu'il y a lieu d'établir, quand l'augmentation de capital est décidée.

Or, la pratique, reportant fictivement à l'origine l'accession des nouveaux associés, a pris l'habitude de considérer deux éléments dans les apports de ces derniers : l'un qui correspond à la valeur nominale, l'autre au surcroît de valeur acquis depuis l'origine.

L'idée de valeur nominale ne contient pas plus de réalité juridique, qu'il s'agisse d'une action nouvelle ou qu'il s'agisse d'une action ancienne.

« Il suit de là, que ce fractionnement, d'ailleurs purement idéal, de l'action en deux éléments est sans la moindre importance pour ce qui est de la nature et de l'étendue des droits des nouveaux actionnaires, qui, à cet égard encore, se trouvent placés dans les mêmes conditions que les actionnaires anciens. Et s'il en est ainsi, il n'y a point lieu davantage de tirer le moindre argument du fait que la différence entre la valeur nomi-

« nale et la valeur effective est désignée, dans la pratique, par la dénomination de « prime d'émission ».
« L'emploi de cette expression n'a pas d'autre but que
« de faire apparaître l'étendue de la plus-value acquise
« par les premières actions (1) ».

107. De ces explications, il ressort simplement que la prime correspond, ou mieux, doit correspondre, à l'accroissement de valeur, au-dessus du taux nominal, pris par l'action ancienne, au jour de l'émission des nouveaux titres. Autrement dit, l'égalité à laquelle on vise exige, comme le note l'auteur, que le souscripteur d'une action nouvelle verse, non pas la valeur nominale, mais la valeur effective qui s'attache à l'action primitive au moment de la nouvelle émission.

Mais, tout cela est élémentaire et n'a jamais été contesté par personne. Cependant, la démonstration de M. Wodon ne va pas au-delà et nous sommes obligés de nous séparer de lui quand il se croit fondé à qualifier « d'apport » (2) la somme toute entière versée par le nouvel actionnaire.

108. Nous ne pouvons pas davantage nous satisfaire de cette explication qui nous est fournie un peu plus loin.
« Elles (les primes) sont intégralement des apports, au
« sens juridique du terme, puisqu'elles sont constituées
« en vertu du pacte social, pour contribuer à former le
« fonds commun » (3).

(1) *Rev. prat. des Soc.*, 1913, p. 88.

(2) *Rev. prat. des Soc.*, 1913, p. 86.

(3) *Rev. prat. des Soc.*, 1913, p. 89.

En vérité, il n'y a pas là un critérium spécifique de l'apport. En effet, les sommes portées aux réserves, en vertu du pacte social, contribuent également à former le fonds commun et cependant elles ne constituent pas à coup sûr des apports quand elles proviennent de bénéfices non distribués.

Il apparaît qu'en définitive, la thèse de M. L. Wodon, d'après laquelle les primes constituent des apports sociaux, est surtout fondée sur la conviction de son auteur qu'elles ne sont pas des bénéfices sociaux.

109. La brillante querelle entre les deux savants professeurs belges est, au fond, instituée sur ce thème : les primes peuvent-elles être ou non assimilées à des bénéfices sociaux ?

Il apparaît à M. Corbiau que la définition du bénéfice social autorise cette assimilation en matière civile, et qu'en matière fiscale celle-ci est requise par la lettre même des textes, sinon par leur esprit.

M. Wodon, au contraire, établit, en des pages où l'on sent l'influence de Manara, que les primes ne peuvent pas constituer un bénéfice pour la société et qu'elles ne sont visées ni expressément ni implicitement par les textes établissant l'impôt de la patente.

Ainsi ces auteurs se rencontrent sur le terrain fiscal pour professer que la prime doit ou devrait échapper à l'impôt de la patente parce que, dans la pensée du législateur, cet impôt ne doit frapper que le revenu des sociétés anonymes.

III. — LA LOI. — JURISPRUDENCE CONTRAIRE

110. Malgré les justes observations de la doctrine, la loi du 1^{er} septembre 1913, art. 3 § 1, b), est intervenue pour soumettre expressément la prime à la « taxe sur les « revenus ou bénéfices réalisés dans les sociétés par « actions » (1).

Les prétentions du fisc triomphent (2). Mais l'erreur est érigée en loi et une fois encore se trouve vérifié que : « La raison du plus fort est toujours la meilleure ».

111. Cependant, quoique la loi du 1^{er} septembre 1913 ait considéré les primes comme des bénéfices et les ait soumises au même impôt que les sommes distribuées à titre de dividende, le fisc n'en prétendit pas moins les atteindre comme apports accroissant l'avoir social, à la faveur de la loi du 30 août 1913, art. 4 b).

(1) *Rev. prat. des Soc.*, 1913, n° 2341, voyez p. 253.

(2) Voyez un commentaire de la loi précitée à la *Rev. prat. des Soc.*, 1922, n° 2424.

L'auteur J. D. H. montre comment l'objet principal de cette loi est la substitution d'un impôt sur le revenu du *capitaliste*, à l'impôt qui frappait, sous l'empire de la législation antérieure, le bénéfice des *sociétés*, comment l'art. 3, § 1 b) consacre une anomalie et une atteinte au principe de la loi, et comment « c'est pour des raisons « de pure fiscalité qu'on a permis une dérogation à la règle ».

Nous n'avons donc pas à chercher la consécration de quelque principe de droit dans un texte que le législateur avoue lui-même avoir rédigé sous l'empire de la nécessité, qui le pressait, de trouver des ressources.

Voyez les travaux préparatoires et notamment *Pasinomie*, 1913, p. 614, 2^{me} col. et p. 700 in fine et 701 in princ.

Ce texte frappe du droit d'enregistrement « les actes
« des sociétés civiles ou commerciales, dont le principal
« établissement est en Belgique et portant... b) adhésion
« de nouveaux associés ou modification des statuts d'une
« société antérieure avec augmentation du capital social...
« Le droit est perçu... : sur le montant de l'augmen-
« tation. »

D'abord, le fisc échoua. Un jugement du tribunal de première instance de Bruxelles, en date du 28 avril 1920 (1), estime que l'expression « capital social », qui figure au texte que nous citons, vise le seul capital nominal, par opposition à l'avoir social.

Or, remarque le tribunal « les primes d'émission constituent des bénéfices qui rentrent dans l'avoir social, mais ne sont pas des nouveaux apports contribuant à l'augmentation du capital social. »

Il conclut que le montant des primes n'est pas visé par le texte.

Cependant, dès le 20 mai 1920, ce même tribunal revient sur sa décision et se prononce en faveur du fisc. Il est suivi par le tribunal civil de Liège dont le jugement du 9 juin 1920 (2) est confirmée par la Cour d'appel de Liège, dans un arrêt du 16 novembre 1921 (3).

112. Le texte, dans lequel figure l'expression « capital

(1) *Rev. prat. des Soc.*, 1922, n° 2477, p. 365-366.

(2) *Rev. prat. du Notariat belge*, 1922, p. 373.

(3) *Rev. prat. des Soc.*, 1922, n° 2476, p. 363-365. Voyez un commentaire de M. Feye, n° 2478, notamment p. 372 à 376, avec renvoi à d'autres auteurs.

social », qu'il s'agit d'interpréter, s'applique aussi bien, remarque la Cour de Liège, aux sociétés civiles qu'aux sociétés commerciales. Dès lors, il faut donner à cette expression, non pas le sens qu'elle a dans la législation exceptionnelle régissant les seules sociétés commerciales, mais le sens qu'elle a dans le droit commun du contrat de société en général, puisque le législateur n'a pas manifesté l'intention de donner à cette expression une portée exceptionnelle et restreinte.

Or, il résulte de l'art. 1832 du code civil, que le capital social d'une société doit s'entendre de tout ce que les associés mettent en commun, en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter.

« Attendu, dit la Cour, que suivant ce principe, il faut
 « reconnaître que le capital social, lors de son augmen-
 « tation par la création d'actions avec prime d'émission,
 « incorpore la valeur intégrale de l'apport effectué par
 « le nouvel associé, c'est-à-dire aussi bien la prime
 « d'émission que la valeur nominale du titre puisque
 « l'une et l'autre sont également fournies par cet associé
 « à la collectivité dont il devient membre ».

113. Sans doute, nous convenons, avec l'arrêt de Liège, que la prime est, comme le nominal, versée à la société par l'associé : nous reconnaissons même que dans le cas, d'ailleurs ordinaire, où, versée aux réserves, elle est soustraite à une appropriation privative d'une catégorie d'associés, elle constitue une mise en commun, de même que le nominal. Cependant, il reste toujours que le versement de la prime n'est pas *directement* rétribué, comme celui du nominal, par l'attribution d'un droit social et,

notamment, ne mesure pas comme celui-là une vocation au partage des bénéfices. Pour ces raisons, sur lesquelles nous aurons d'ailleurs à revenir, le capital provenant du versement des primes ne nous paraît pas pouvoir entrer dans le cadre de la conception de l'apport en société, telle qu'elle résulte de l'art. 1832 du Code civil.

CHAPITRE IV

EN ALLEMAGNE ET AU LUXEMBOURG

114. En Belgique, comme en Italie, la jurisprudence, après quelque hésitation, a fini par admettre que la prime est un bénéfice pour la société et par faire prévaloir la thèse fiscale d'après laquelle elle doit acquitter l'impôt établi sur les bénéfices sociaux.

Il n'en va pas de même en Allemagne et au Luxembourg, où les prétentions fiscales ont été finalement repoussées par les tribunaux.

LA JURISPRUDENCE

115. A plusieurs reprises, la Cour d'Empire de Leipzig a déclaré que la prime, *Aufgeld, agio* (1), n'est pas un bénéfice réalisé par la société et ne peut être assujettie à l'impôt sur le revenu.

Tel est notamment le sens des arrêts du Reichgericht

(1) Lehmann, *Das recht der Aktiengesellschaften*, II, 297.

du 29 novembre 1893 (1), du 20 mars 1897 (2), du 5 mai 1900 (3).

Ces arrêts résolvent des espèces semblables. Le demandeur, employé de la société défenderesse, a droit à un tantième calculé sur le montant des sommes servant de base au calcul de l'impôt sur le revenu, établi par le § 16 de la loi prussienne du 24 juin 1891.

D'autre part, le bilan de la société accuse un « *agio-gewinn* », c'est-à-dire une recette provenant de primes d'émission d'actions. Le demandeur prétend que cet « *agio-gewinn* » doit être compris dans les recettes prévues par le texte précité.

116. L'arrêt du 29 novembre 1893 repousse cette prétention pour les motifs suivants (4) : Dans le cas où ce sont les actions originaires qui sont émises pour un montant supérieur au taux nominal, la prime est payée avant que la société ait commencé à exister. L'excédent de recettes ainsi produit ne provient évidemment pas de l'exploitation sociale, mais doit être considéré comme

(1) *Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen*. Vol. 32, Leipzig, Veit et comp. éditeur, n° 61, p. 244.

(2) *Rép. I*, 396/97. Cette indication désigne le répertoire du Tribunal d'Empire. L'arrêt est probablement inédit.

(3) *Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen*, vol. 46, n° 66, p. 262.

Monatschrift für Handelsrecht und Bankwesen, von Holdheim, 9^{me} année, 1900, p. 171.

Rev. prat. des Soc., 1913, n° 2323, p. 197-200.

(4) Nous laissons de côté les arguments basés sur des particularités spéciales de la législation allemande.

une augmentation du capital de l'entreprise, due à des versements plus considérables des souscripteurs. Il en est de même lorsque l'émission au-dessus du pair a lieu en cas d'augmentation de capital.

L'émission d'actions avec prime ne constitue pas alors une spéculation sur les cours, mais elle repose sur la nécessité ou l'opportunité d'une augmentation des moyens d'exploitation ou d'une extension de l'entreprise. Du point de vue légal, l'augmentation de capital équivaut à une nouvelle fondation, en tant que les nouvelles actions doivent être émises et souscrites. Elles ne sont pas vendues par la société, mais elles augmentent son capital, par la nouvelle participation des souscripteurs. Si l'encaissement des primes ne provient ni d'une vente faite par la société, ni de son activité industrielle, mais seulement d'une augmentation du capital versé par les nouveaux actionnaires, pour l'acquisition de leur qualité d'associés, il y a lieu de reconnaître à ce surcroît de capital le même caractère juridique qu'à celui qui provient de la prime d'émission versée à la fondation de la société.

Il y a gain, dans le sens large du mot, aussi bien lorsque les actions sont, à la fondation de la société, souscrites pour une valeur supérieure à la valeur nominale, que lorsque cela se produit lors d'une nouvelle émission. Cependant ce gain n'est pas un bénéfice net résultant de l'activité industrielle de la société, mais un accroissement de capital, provenant de paiements plus considérables des souscripteurs.

117. D'après l'arrêt précité du 5 mai 1900, l'assujétis-

sement à l'impôt sur le revenu des primes, obtenues par l'émission d'actions nouvelles à une valeur supérieure à la valeur nominale, doit être considéré comme inadmissible, parce que cet assujettissement serait en contradiction avec l'idée fondamentale de la loi, d'après laquelle l'impôt ne doit pas être un impôt sur la fortune active (wërbend) mais sur le revenu de la société. Or, pour l'actionnaire qui a souscrit une nouvelle action moyennant une somme dépassant la valeur nominale du titre, la somme toute entière qui a été versée, et non seulement la partie correspondante au nominal, constitue une mise en capital dans l'entreprise. De même, pour la société, ce qui lui est payé pour les nouvelles actions émises représente une augmentation du *capital d'activité* non seulement pour le montant de la valeur nominale de ces actions mais encore pour le supplément.

118. Un jugement du tribunal administratif supérieur prussien, en date du 25 juin 1902 (1) décide que la prime d'émission d'actions (agio) qu'une société par actions réalise lors d'une augmentation du capital social est, aussi bien que la part correspondante à la valeur nominale, une partie de l'apport en capital des nouveaux actionnaires et ne saurait, par conséquent, être considéré comme un revenu de la société provenant de l'exercice de son commerce ou de son industrie.

(1) *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht*. Vol. 53, nouvelle suite vol. 38. Ferdinand Enke, éditeur. Stuttgart, 1903, p. 608.

Il est dit à cet endroit que les jugements du tribunal administratif supérieur prussien étaient jusqu'alors en sens contraire du jugement que nous citons au texte.

Le tribunal déclare que l'apport de l'actionnaire est à considérer dans tous les cas, qu'il soit égal ou supérieur à la valeur nominale des actions, comme une prestation d'un caractère homogène juridiquement et économiquement parlant.

Si malgré cela, ajoute le Tribunal, la prime d'émission d'actions a été désignée comme gain (Gewinn), non seulement dans le langage courant mais aussi dans l'article 185 b n° 2 de la loi d'Empire du 18 juillet 1884, il faut apparemment en chercher la raison dans le fait que la prime, en vertu des dispositions relatives au bilan des sociétés par actions, en vigueur avant la promulgation de la loi précitée, apparaissait, au bilan, comme un gain (Gewinn).

Aussi bien, quoiqu'il ne s'agissait que d'une opération de pure comptabilité, et non pas d'un gain ou bénéfice véritable au point de vue économique, la prime d'émission a été désignée, à défaut d'une meilleure expression comme bénéfice.

Depuis la mise en vigueur de la loi du 18 juillet 1884, la prime d'émission d'actions ne peut plus être désignée comme bénéfice ou gain (Gewinn), même dans le bilan, puisque depuis cette loi, elle doit être immédiatement incorporée au fonds de réserve légale et, par conséquent, apparaît dans le bilan, au passif, avec le capital social initial ou augmenté (1).

(1) Nous avertissons le lecteur qu'il ne nous a pas été possible de poursuivre nos recherches de jurisprudence jusqu'au temps postérieur à la guerre, faute de documents qu'on puisse facilement consulter.

119. La loi du 30 mars 1920 concernant l'impôt sur les sociétés *Körperschaftsteuer*, modifiée par la loi du 8 avril 1922 (1), ne contient aucune disposition ou mention relative à la prime.

120. Enfin nous citerons, pour terminer notre étude de la jurisprudence étrangère sur la matière de la prime, une décision du Conseil d'Etat de Luxembourg du 9 juin 1904 (2). On y trouve l'affirmation de ce principe « qu'il « suffit que toutes les sommes payées par les nouveaux « actionnaires, primes comprises, soient intégralement « versées dans la caisse de la société à titre d'augmenta- « tion du capital social » (3), pour qu'elles forment l'apport du souscripteur dans la masse commune. Etant telles, elles ne constituent pas un bénéfice pour la société et, par conséquent, échappent à toute imposition établie sur la base du bénéfice ou du revenu social.

(1) *Bulletin de statistique et de législation comparées*, 46^{me} année, tome 92, p. 688 sqq.

(2) *Rev. prat. des Soc.*, 1913, n° 2329, p. 219-221.

(3) L'expression « capital social » employée par le conseil d'Etat luxembourgeois, dans le contexte que nous citons, désigne manifestement tout l'actif social par opposition au seul capital nominal.

TITRE II

La prime constitue-t-elle un apport en société ?

CHAPITRE I

JURISPRUDENCE ET DOCTRINE FRANÇAISES

121. L'administration de l'Enregistrement dans une solution du 24 octobre 1884 (1) formule ce postulat :

« Constituent des *apports en société et non des bénéfices sociaux*, les réserves provenant de primes versées « par les souscripteurs d'une série déterminée d'actions, « en sus du capital nominal » (2).

La thèse est sans défense : nous ne l'attaquerons pas.

Nous nous bornerons à signaler qu'apparaît ici, dans la pratique, pour la première fois à notre connaissance, la définition de la prime comme apport social, s'opposant à sa définition comme bénéfice social (3).

Désormais, le champ d'évolution logique du phéno-

(1) *Journ. de l'Enreg.*, 22.410.

(2) Dans le même sens : solution du 22 mars 1902, rapportée par Maguéro, *op. cit.*, v^o *Impôt sur le revenu*, n^o 123.

(3) Déjà un jugement du tribunal de la Seine du 10 mars 1882 (affaire Cie Le Patrimoine-accidents c. Enregistrement) avait assi-

mène de la prime est délimité. La définition de celle-ci est, pour longtemps, astreinte à osciller, sans écart possible, entre ces deux pôles : bénéfice social ou apport social (1).

122. La définition de la prime comme apport social est vigoureusement affirmée dans une décision de la Commission supérieure des bénéfices de guerre, en date du 31 janvier 1919 (2). Une loi du 1^{er} juillet 1916 avait établi une « contribution extraordinaire sur les bénéfices exceptionnels ou supplémentaires réalisés pendant la guerre. »

La contribution était assise sur la base de l'excédent du bénéfice net, réalisé pendant les exercices postérieurs au 1^{er} août 1914, sur le bénéfice normal calculé, selon les cas, d'après la moyenne des résultats obtenus pendant certaines périodes antérieures ou à forfait (voyez l'art. 2 de la loi).

railé la prime à un *apport en société*, soumis comme tel aux droits gradués établis par l'article 1 de la loi du 28 février 1872. (Rep. périod. de l'enreg., année 1882, art. 5943).

Dans une note, qui figure sous le jugement et au lieu précités, le versement de la prime est déjà considéré comme un *apport supplémentaire*.

Il est à remarquer que ni le jugement, ni la note, n'emploient le mot *prime* pour désigner le versement visé qui, cependant, constituait indubitablement une prime.

(1) Houpin, *Journ. des Soc.*, 1915, p. 151, écrit : « Ce qui est apporté et versé par un associé (et il y a bien en fait apport et versement par l'actionnaire du taux d'émission) ne peut être considéré comme un bénéfice réalisé par la société..... *Si ce n'est pas un bénéfice, ce ne peut être qu'un apport.* »

(2) *Rev. de la contribution sur les bénéfices de guerre*, 1920, p. 45, article 514.

Une société s'était pourvue contre une décision de la commission du premier degré du département de la Seine, en date du 6 février 1917. Elle prétendait, à l'encontre de la décision attaquée, qu'il devait être fait état, pour la détermination du bénéfice normal, de primes d'émission d'actions, encaissées au cours des exercices envisagés pour le calcul de ce bénéfice.

Le recours de la société fut communiqué à la commission du premier degré qui, le 23 février 1918, émit un avis tendant à refuser aux primes le caractère de bénéfice pour leur attribuer celui d'apport ou de supplément d'apport.

La société produisit alors un mémoire complémentaire où, invoquant les jugements ou arrêts qui avaient décidé que la prime a le caractère d'un bénéfice (1), elle affirmait à nouveau la thèse de la prime bénéfice social.

C'est alors qu'à la suite d'un supplément d'instruction ordonné par la commission supérieure, intervint un avis complémentaire de la commission du premier degré, en date du 19 octobre 1918, exposant que c'était à tort que la commission du premier degré avait considéré la prime comme un supplément d'apport, « que dans une « société il n'y a ni apport principal, ni apport supplé-

(1) Jugement du trib. civ. de Cambrai et arrêt de la cour de Douai du 26 mai 1865 ;

Arrêt de la cour de Paris du 16 février 1865 ; jugement du trib. de commerce de Lyon du 26 juillet 1910, arrêt de la cour d'appel de Lyon du 14 juin 1911, arrêt de la cour de cassation du 20 juin 1917.

Nous avons analysé précédemment cette jurisprudence. Voy. n^{os} 36 sqq.

« mentaire, pas plus qu'il n'y a de capital principal et de capital supplémentaire, puisque l'apport et le capital social se confondent », que d'ailleurs, seul le caractère de bénéfice, reconnu à la prime, permet de justifier, sans contradiction, les affectations qui peuvent être données à celle-ci une fois qu'elle est entrée dans la caisse sociale.

123. Tel était l'état de la question lorsque la commission supérieure rendit sa décision précitée du 31 janvier 1919.

Bien que la commission du premier degré, abandonnant ses premiers errements se fût, nous l'avons vu, rangée avec la société, parmi les défenseurs de la théorie de la prime bénéfice social, la Commission supérieure définit, en termes très nets, la prime comme un « supplément d'apport ».

Elle s'applique d'abord à détruire, dans des considérants, dont on ne saurait méconnaître la vigueur, la thèse du bénéfice qui lui est immédiatement opposée. Elle tente ensuite d'établir que la prime est un supplément d'apport, mais, pour nous convaincre, elle ne nous propose au fond qu'une affirmation.

La prime, dit-elle, doit être regardée « comme représentant en cas d'augmentation de capital non un bénéfice, mais la somme globale qu'il a été nécessaire de verser avec le montant nominal de l'action pour devenir associé et pour participer avec et comme les anciennes actions à la répartition du bénéfice et de l'actif social et comme constituant en conséquence un supplément d'apport. »

Nous traduisons la pensée de la commission supérieure par cette formule plus simple :

La prime est un *supplément d'apport*, parce qu'elle est *apportée en supplément* de l'apport du nominal.

S'en tenir là, c'est s'en tenir aux apparences ; c'est décrire la prime, ce n'est pas à coup sûr en pénétrer la nature.

124. Les tribunaux civils ont eu à juger si la prime doit être soumise au droit d'enregistrement qui frappe les apports en société (1).

Ils adoptent la solution affirmative, se fondant sur la nature d'apport qu'ils reconnaissent à la prime. D'autre part, ils établissent eux-mêmes la définition de l'apport à laquelle ils se réfèrent. Ainsi leur système est forcément cohérent et son contenu échappe à toute critique directe.

Mais pareille dialectique ne saurait entraîner notre conviction. L'art est en effet trop simpliste qui se borne, pour conclure à une similitude de nature entre l'apport et la prime, à constater dans celle-ci les caractéristiques qu'on vient arbitrairement d'attribuer à celui-là.

Le juge n'était pas autorisé à forger dans chaque cas particulier une définition de l'apport.

Comme nous le verrons, la définition normale de l'ap-

(1) Ce droit est régi par les textes suivants :

L. du 22 frimaire an VII, art. 68, § 3, n° 4.

L. du 28 avril 1816, art. 45, n° 2.

L. du 28 février 1872, art. 1, 1°.

L. du 28 avril 1893, art. 19.

L. du 29 juin 1918, art. 15.

L. du 13 juillet 1925, art. 40.

port, définition qui s'impose à l'interprète du droit, nous est donnée par les principes traditionnels et d'une manière très nette, quoique implicite, par l'art. 1832 du Code civil.

Pour l'avoir méconnue, la jurisprudence nous offre l'affligeant spectacle de ses hésitations.

125. C'est ainsi que dans un jugement du 11 juillet 1924 (1), le tribunal civil de Lyon décide que les « mots apports mobiliers ou immobiliers » qui figurent dans l'art. 1 de la loi du 28 février 1872, « doivent s'entendre de toutes les valeurs quelconques mises en commun par les associés. »

Un an après, le même tribunal se montre plus exigeant. Aux termes d'un jugement du 3 juillet 1925 (2), les sommes mises en commun par les associés ne constituent des apports que si le versement en est effectué dans un *intérêt social*, et, d'une manière plus précise, *en vue de l'exploitation lucrative prévue par les statuts*.

Cependant, toujours ce même tribunal de Lyon, dans un jugement du 1^{er} février 1923 (3) avait placé le critérium de l'apport dans un tout autre ordre d'idées. C'est ainsi qu'il le définissait : tout avantage susceptible d'évaluation en argent, fait par un associé, à la société.

(1) *Journal des Sociétés*, novembre 1925, p. 642, note 1.

(2) *Gazette judiciaire et commerciale de Lyon*, 9 janvier 1926, p. 11 ; *Revue des Sociétés*, mars 1926, p. 144, avec une note.

(3) *Rev. de l'Enreg.*, 1924, p. 34 ; *Journ. des Soc.*, juillet 1925, p. 435, avec une note.

en retour de la part à lui attribuée dans les bénéfices sociaux » (1).

A la vérité, nous ne saurions critiquer cette dernière définition. Elle nous paraît, en effet, traduire assez bien la notion traditionnelle de l'apport que nous essayerons d'analyser.

Mais nous reportons nos critiques sur le mauvais raisonnement du tribunal qui, affirmant que la prime est un apport, ne se soucie pas de mettre en évidence une relation entre celle-là et la définition de celui-ci.

De plus, il nous apparaît immédiatement que la prime manque précisément de l'une des caractéristiques attribuées par le tribunal à l'apport, dans la définition qu'il en donne. A proprement parler, en effet, la prime n'est pas un *avantage fait à la société* ; c'est un *versement*, opéré aux guichets sociaux, sans doute, mais *dont l'émo-*

(1) Donnerons-nous une autre preuve de l'incohérence de la jurisprudence dans toute notre matière ? Nous lisons dans ce même jugement du 1^{er} février 1923 :

« Attendu *qu'en prenant le capital social* pour base de l'impôt, le « législateur a voulu éviter toute difficulté et faire un règlement à « forfait ; que *si l'on devait avoir égard à la plus-value* ou à la « dépréciation de ce capital, les difficultés d'exécution seraient inex-
« tricables. »

Comment le juge espère-t-il justifier l'assiette de l'impôt sur le nominal des actions, augmenté des primes, en nous faisant justement remarquer que la loi prend pour base de l'impôt le capital social (incontestablement représenté par le montant nominal des actions) et n'a pas égard à la plus-value de ce capital (incontestablement représenté par les primes) ?

lument doit normalement être réservé aux seuls actionnaires (1).

126. Enfin, la jurisprudence la plus récente ne s'arrête ni à l'une ni à l'autre des deux caractéristiques différentes de l'apport, indiquées par les derniers jugements précités de Lyon ; et, soit qu'elle ait jugé inutile de résoudre elle-même le problème, soit qu'elle n'en ait point trouvé la solution, elle s'abstient de proposer à son tour les qualités spécifiques de l'apport.

Sa formule, qui, par son imprécision, s'apparente à celle du jugement de Lyon du 11 juillet 1924, est contenue dans deux jugements, l'un du tribunal civil de la Seine, en date du 26 février 1926 (2), l'autre du tribunal civil de Lille, en date du 23 avril 1926 (3).

« Le législateur, porte ce dernier jugement, ne distingue pas sur l'origine et la destination des versements effectués qui, pour être considérés comme apports, doivent simplement être faits dans l'intérêt commun ».

Ainsi donc, tout versement fait dans l'intérêt commun est un apport. Mais alors, toute somme versée à la société à quelque titre que ce soit, paiement d'une dette quelconque, prêt obligataire, don, legs, sera nécessairement un apport, car le bénéficiaire des versements, la société

(1) V. *infra*, n° 191.

(2) Inédit. Affaire de la Cie Générale Transatlantique c. l'Enregistrement. 2^{me} Chambre du trib. civ. de la Seine.

(3) Inédit. Affaire de la Société des Mines de Lens c. l'Enregistrement.

par hypothèse, personnifie précisément et exclusivement l'intérêt commun.

127. Personne ne saurait admettre pareille conclusion. Cependant, non seulement celle-ci procède logiquement de la définition citée de l'apport, définition qui se trouve dès lors condamnée, mais encore elle est explicitement affirmée par le tribunal civil de Lyon.

Attendu, dit, en effet, le jugement déjà cité du 3 Juillet 1925 (1), « qu'il suffit de constater qu'elle (la « prime) constitue indiscutablement un *élément d'actif* « *apporté par l'associé*, et qu'elle doit dès lors, être assu-
« jettie à l'impôt frappant tout *apport* ».

Pour consacrer les prétentions de l'Enregistrement, le juge se borne à découvrir que *la prime est un apport, parce qu'elle est apportée par l'associé*.

Telle est l'*ultima ratio* de la jurisprudence dont se prévalent les partisans de la thèse selon laquelle la prime constituerait un apport en société.

Ce dédain du juge pour une sophistique quelque peu artificieuse ne serait-ce pas l'affiche de l'autorité des convoitises fiscales ?

Le tribunal de Lyon (jugement précité du 3 Juillet 1925) confesse d'ailleurs ouvertement que pour accorder à la prime la nature de l'apport, il n'est pas besoin de dissenter sur le caractère juridique de la prime (2).

(1) Cf. *supra*, n° 125.

(2) « Attendu... que, *sans qu'il soit, d'ailleurs besoin de dissenter*
« *sur le caractère juridique de la prime*, il suffit de constater qu'elle

Désespère-t-il de trouver dans les principes du droit une justification de ses conclusions ?

128. Les jugements ou arrêts rendus, tant en matière civile qu'en matière fiscale, soit qu'ils affirment de la prime d'émission d'actions qu'elle est un bénéfice réalisé par la société, soit qu'il décident qu'elle est un supplément d'apport fait à la société, ne sauraient éclairer la religion du juriste, préoccupé du problème de la nature de la prime.

Dans leurs divergences de vues, ils affichent, en effet, un égal dédain des règles du raisonnement. N'est-il pas surprenant d'autre part, de voir la jurisprudence tirer deux conclusions contradictoires de la même prémisse ? Nous lisons, en effet, dans le jugement du tribunal de Lisieux du 22 février 1917 :

« Attendu que les primes... **ne font pas partie du capital social**, lequel n'est augmenté que du montant nominal des actions, que les primes deviennent ainsi *un enrichissement pour la société, un excédent d'actif sur le capital nominal* et **présentent en conséquence le caractère d'un bénéfice social** » ;

tandis que nous lisons, dans le jugement du tribunal de Lille, du 23 avril 1926 :

« Attendu que si les primes d'émission **ne rentrent pas dans le capital social**, elles viennent cependant *grossir le fonds social* et servir les intérêts généraux de

« constitue indiscutablement un élément d'actif apporté par l'associé
« et qu'elle doit, dès lors, être assujettie à l'impôt, frappant tout
« apport »,

« la société ; Que de ce chef elles constituent bien un
« apport.

Pareille contradiction dans les solutions données au même problème, posé dans les mêmes termes, nous autorise à considérer que la question est demeurée entière.

129. Les auteurs, en France, ne se sont guère préoccupés des questions relatives à la prime d'émission des actions. Les uns n'en traitent pas du tout, certains se bornent à une simple mention, d'autres consacrent quelques développements au but économique de l'institution et signalent quelques affectations possibles de la prime ; bien peu se sont attachés à l'étude directe de sa nature.

Cependant, on trouve ordinairement, sous la plume des uns et des autres, les expressions : « apport », « apport supplémentaire », « supplément d'apport » pour définir la prime (1).

L'absence, généralement constatée, d'une discussion

(1) Maguéro, *traité alph.*, op. cit., v° Soc. n° 192, III ; v° *Impôt sur le revenu*, note sous le n° 135 bis, p. 33, 2^e colonne, al. 5 sqq. ; Wahl, *Rég. fisc. des Soc.*, op. cit., I, 565 ; II, 2243, 2374 ; *Précis*, op. cit., n°s 656, 657, 658, 738 ; Binet, op. cit., *Rev. Enreg.*, 1920, art. 7146 ; Amiaud, op. cit. 2 éd., n°s 82 sqq, 177 ; Houpin, op. cit., *Journ. soc.*, 1915, 151 ; 1921, 242 ; 1922, 145-146 ; Bosvieux, note *Journ. soc.*, 1920, 213 ; Houpin et Bosvieux, *traité*, op. cit., I. n° 519, p. 614 ; II, n° 726, p. 29. ; Dasté, op. cit., p. 79 sqq. ; Bouvier, op. cit. *Journ. soc.* 1925, 641 sqq.

En sens contraire :

Ch. Lyon-Caen, note sous Cass. 20 juin 1917, S. 1917, I, 33 et 34 ; Louis Gallié, *Gaz. soc.*, mai 1921, p. 59 ; Marcel Lecercle, op cit., n°s 199 sqq. ; Bernard d'Aillières, op. cit., p. 25 sqq. :

étayant l'affirmation que la prime est un apport nous incline à penser que les auteurs, chez qui on trouve cette affirmation, ne se sont attardés ni à scruter la complexité du problème ni à mesurer la portée de la solution qu'ils lui donnaient.

130. Il apparaît d'ailleurs nettement que, disant de la prime qu'elle est un apport, les auteurs visent le plus souvent à nier qu'elle puisse être un bénéfice, car ils sont généralement imbus de l'idée, qu'ils expriment ou sous-entendent, que, dans l'actif social, il ne peut entrer que des apports ou des bénéfices (1).

Mais personne n'a jamais tenté de démontrer l'exactitude de cette idée. Nous la tenons donc pour une hypothèse gratuite, masquant aux yeux de ceux qui se fondent sur elle une partie de la difficulté elle-même, qui consiste précisément à rechercher si la prime ne constitue pas un élément de l'actif social dont la nature différerait à la fois de celle de l'apport et de celle du bénéfice.

Supposons qu'un pur don de fortune échoit à la société (valeur à lots sortant au tirage, plus-value immobilière, don, legs, etc...), supposons encore qu'un associé, ou un groupe d'associés, ou même tous les associés, versent spontanément, *gratuitement*, une certaine somme dans les caisses sociales, *sans acquérir, en retour, aucun avantage, quel qu'il soit*. Un certain nombre d'auteurs refuseront de considérer les dons qui font l'objet de notre hypothèse comme des bénéfices réalisés par la société, parce que, diront-ils avec M. Houpin, « l'on ne peut pas

(1) Cf. *supra*, n° 121, note 1, p. 115.

y voir une somme produite par l'exercice normal de l'entreprise » (1), parce que, comme M. Wahl, ils assujettissent le bénéfice à être « constitué par les résultats de l'exploitation » (2).

Quoiqu'il en soit, il paraît bien impossible de considérer comme un bénéfice réalisé par la société, c'est-à-dire comme un bénéfice pour l'ensemble de tous les associés, une somme provenant directement, ainsi que nous l'avons supposé, de versements effectués par les associés eux-mêmes.

Mais alors, s'il était vrai, comme le veut notamment M. Houpin (3) qu'il n'y a place, dans l'actif social, que pour des bénéfices ou des apports, ces dons, qui grossissent l'actif, constitueraient nécessairement des apports en société.

L'absurdité de la conséquence condamne le principe.

La vérité est qu'à côté des apports et des bénéfices, le patrimoine social comprend des éléments d'actif sui generis.

Pour nous, la prime est précisément l'un de ces éléments.

131. Pour M. Wahl, la prime « entre dans l'actif social et constitue ainsi un apport » (4).

Nous avouons que la portée de l'observation nous échappe.

(1) Houpin, *Journ. des Soc.*, 1915, p. 151.

(2) Wahl, *précis*, op. cit., n° 657.

(3) Cf. *supra*, n° 121, texte et note 1 p. 115.

(4) Wahl, *Régime fiscal*, op. cit., I, 565.

D'une part, en effet, le bénéfice qui s'oppose à l'apport entre également dans l'actif social. D'autre part, tout bien recueilli par la société et qui procure à celui dont il provient une rémunération consistant en espèces, ou en avantages autres que des droits sociaux n'est pas forcément un apport. La Régie, en particulier, ne le considère pas comme tel, puisqu'elle le frappe des droits de mutation de meubles, de fonds de commerce ou d'immeubles, suivant sa nature, et non pas du droit d'apport. Dès lors, la raison invoquée ne nous paraît pas décisive.

132. La prime est un *apport*, dit-on encore, « puisqu'elle est versée par un associé et fait partie de l'actif social » (1). Elle est un « *supplément d'apport* », ou un « *apport supplémentaire* » (2) parce qu'elle est versée par

(1) Wahl, Rég. fisc., *op cit.*, II, 2374.

(2) Sans faire intervenir les critiques que nous adressons à la thèse de la prime *apport* social, nous pouvons fonder immédiatement notre conclusion au rejet de l'expression « *apport supplémentaire* » appliquée à la définition de la prime.

Cette expression est en effet incohérente dans ses termes et par conséquent directement inadmissible.

Nous trouvons, dans un mémoire au tribunal de Lille, pour la société X..., contre l'enregistrement, de mars 1925, une excellente démonstration de notre proposition. « Un apport n'est supplémentaire, lisons-nous au § IV de ce mémoire, que s'il s'ajoute à un autre apport auquel il vient s'additionner. Or, la prime, en admettant pour un instant qu'elle soit un apport, est un apport qui n'est pas fait « à la société ou, pour parler le langage courant, à l'être moral qui « représente tous les associés, tant actionnaires que porteurs de parts « bénéficiaires ou de parts de fondateur, lorsqu'il y en a.

« C'est au contraire à la société qu'est fait l'apport principal,

l'actionnaire en supplément de l'apport du nominal de l'action souscrite.

« celui qui ne dépasse pas les limites du nominal de l'action.....

« Pour que deux quantités donnent en additionnant une troisième
« quantité de même espèce que les deux premières, ou en d'autres
« termes, pour que de deux quantités l'une puisse être considérée
« comme supplémentaire à l'autre, il faut que ces deux quantités
« soient de même espèce ou envisagées sous un jour ou au regard
« d'un attribut qui leur soit commun. Un chêne et un autre chêne
« peuvent s'additionner comme chênes, ils font deux chênes. Un
« chêne et un cèdre peuvent s'additionner comme arbres, ils font
« deux arbres, mais non pas deux chênes ni deux cèdres.

« Le versement du nominal de l'action et le versement de la prime
« font deux versements, l'un quelconque peut être distingué comme
« le supplément de l'autre. Mais le versement d'un apport à la
« société, additionné au versement d'un apport aux actionnaires, ne
« fait pas, au total deux versements d'apports en société, pas plus
« qu'il ne peut faire au total deux versements d'apports aux
« actionnaires. Il n'y a pas deux versements qui appartiennent
« tous deux à la même espèce, celle « apports en société » ou
« celle « apports aux actionnaires » ; il n'y a pas deux versements
« dont l'un soit le supplément de l'autre, soit comme apport en
« société, soit comme apport aux actionnaires. »

Il ne faut pas se méprendre sur la pensée de l'auteur.

Par l'expression « apport aux actionnaires », il faut évidemment entendre non pas un apport qui serait soustrait aux atteintes des créanciers sociaux, mais un apport échappant à toute mainmise des associés autres que les actionnaires.

Il s'agit, autrement dit, d'un versement spécialement fait aux actionnaires, quoique restant affecté aux responsabilités et garanties sociales vis-à-vis des créanciers, devant lesquels s'effacent normalement les actionnaires.

V. ce que nous disons nous-même sur ce point, *infra*, n° 242.

Cet argument qui, nous l'avons vu, a séduit le juge (1), rencontre le même succès dans la doctrine et auprès de l'administration de l'enregistrement.

Il paraît à nombre d'auteurs suffisamment solide pour établir à lui seul leur conviction ; le fisc le déclare péremptoire.

Nous serions obligés, à notre tour, de nous dire satisfaits de la définition, ainsi justifiée de la prime comme apport, ou comme supplément d'apport, si, à côté de son sens vulgaire, le mot apport n'avait pas un sens technique précis, dans la langue du droit des sociétés. On ne saurait en effet contester que, dans la première acception indiquée, le mot apport désigne tout objet auquel s'applique l'action d'apporter.

La prime apportée dans le fonds social, comme le nominal, est ainsi, au même titre que celui-ci, un apport de l'actionnaire.

133. C'est avec cette valeur que l'expression « apport » a commencé à être appliquée à la prime, notamment par l'administration de l'enregistrement.

Ainsi, dans la solution du 24 octobre 1884 précitée (2), l'administration établit nettement que la prime d'émission est un apport à l'égard du débiteur de la prime. Elle décide, en effet, que l'emploi des « réserves provenant « de primes versées par les souscripteurs d'une série « déterminée d'actions, en sus du capital nominal, à la

(1) Voyez notamment jugement du trib. civ. de Lyon, 3 juillet 1925, précité, supra, n° 127.

(2) Supra, n° 121.

« libération des mêmes actions, a le caractère d'une res-
« titution d'apports ».

« En principe, porte ladite solution, les fonds versés
« par les associés, pour être mis en réserve, ont le carac-
« tère d'apports au même titre que ceux destinés à for-
« mer le capital social (1). (Suivent des références de
jurisprudence).

« Si donc une société emploie une partie de la réserve,
« constituée au moyen de sommes fournies par les
« actionnaires, à payer la dette des *mêmes associés*, elle
« ne fait en réalité que leur *restituer*, sous une forme
« indirecte, une partie de leur apport. Et il est bien établi
« qu'une telle opération n'a pas les caractères d'une dis-
« tribution de bénéfices, c'est-à-dire d'un excédent d'actif
« acquis par la société en sus des apports réunis des asso-
« ciés. D'où la conséquence que les sommes ainsi distri-
« buées à titre d'amortissement du capital ne sauraient
« être soumises à l'impôt de 3 %.

(1) S'il fallait prendre cette affirmation à la lettre, on ne voit pas comment la prime, remplissant son rôle propre d'apport, pourrait encore, comme il arrive dans l'espèce considérée, être employée à la libération partielle d'actions et, par conséquent, remplir le rôle d'un autre apport.

On ne saurait nous objecter que la société est présumée distribuer d'abord le montant de la prime qui lui serait ensuite versé à nouveau, à titre de souscription.

A propos de la transformation des réserves en actions, M. Thaller a montré l'inanité de cette explication et fait justice de la fiction qu'elle implique.

Cf. Thaller. De l'augmentation du capital par transformation en actions soit du passif, soit des réserves de la société. *Ann. dr. comm.* 1907, p. 177 sqq. V. notamment p. 192.

« Il en serait autrement si la portion de la réserve em-
« ployée à la libération des actions provenait de bénéfices
« accumulés par la société ou encore si la prime
« versée par les souscripteurs des actions émises
« en 1880 servait à libérer partiellement des actions
« appartenant à d'autres actionnaires plus anciens ».

134. L'administration ne se préoccupe pas, (elle n'avait pas à le faire), de rechercher, dans la nature de la prime, les caractéristiques essentielles de l'apport social. Elle n'établit pas que la prime est un apport *erga omnes*, ou à l'égard d'un associé *quelconque*, autrement dit, qu'elle est un *apport*, au sens technique de ce mot, tel que nous le préciserons dans la suite.

Des termes mêmes de la solution administrative dont nous nous occupons, on ne peut déduire que ces propositions : La prime est un *apport*, c'est-à-dire une *somme apportée*, à l'égard de l'actionnaire qui l'a précédemment versée (1).

(1) S'il nous fallait une preuve de l'exactitude de notre commentaire, nous la trouverions dans les observations qui suivent, au *Journ. de l'Enreg.*, art. 22410, la solution que nous citons au texte.

Nous lisons :

« Le capital social... (l'auteur a évidemment voulu dire l'actif social) comprenait :

« 1) Le capital actions ;

« 2) Un capital réserve provenant de primes versées par les sous-cripteurs d'actions, en d'autres termes *apporté* par les actionnaires. En décidant de supprimer la réserve ainsi formée et de l'affecter à la libération partielle des actions, la société a amorti le capital réserve et l'a restitué indirectement aux actionnaires par voie de compensation avec le montant d'un versement à effectuer sur

Nous ne saurions trouver une expression de la thèse de la prime véritable apport social, dans pareille définition qui se réduit à une simple tautologie.

135. Cependant, s'autorisant de l'exemple donné par l'administration de l'enregistrement, d'autres auteurs s'empareront de la définition ainsi lancée et appliqueront à leur tour, mais sans discernement, l'expression apport social à la qualification de la prime.

Mais, soit inadvertance, soit vue intéressée, ils ne se soucieront pas de vérifier son accommodation dans chaque cas particulier.

C'est ainsi que se fondant sur une simple similitude verbale, ils appliqueront à la prime d'émission « apport à l'égard d'un associé déterminé », et en ce sens qu'elle est une somme apportée par cet associé dans le fonds social, les dispositions légales qui ne visent que l'apport social *proprement dit* (1).

« le capital actions. En résumé, il n'y a pas eu distribution de « produits ou de bénéfices, mais seulement restitution d'apports. »

Ne ressort-il pas à l'évidence de cette citation, que le mot *apport* qui définit la prime, dans la solution administrative dont il s'agit, est tout simplement synonyme de l'expression « *somme apportée par les actionnaires* ».

(1) C'est ainsi que l'administration de l'enregistrement elle-même, qui conçoit la prime comme étant essentiellement un apport à l'égard du débiteur de la prime et dit n'avoir jamais varié dans cette conception depuis qu'elle a donné sa solution du 24 octobre 1884 (voyez un mémoire de la direction de l'Enregistrement pour le tribunal de Lille, du 20 décembre 1923), prétend néanmoins assujettir la prime à la loi fiscale qui vise l'apport social proprement dit. D'ores et déjà, et pour se borner ici à une critique de pure

Nous sommes ainsi amenés à rechercher les caractéristiques essentielles de cet apport social proprement dit.

Il apparaîtra alors que la prime n'a pas, ou n'a pas nécessairement, ces caractéristiques essentielles, qu'elle n'est donc pas un apport social, au sens que la tradition et la loi nous obligent à donner à cette expression.

forme, on peut faire observer que le droit d'apport, dont il s'agit, étant à la charge, non pas de l'associé apporteur, mais de la société, c'est à *l'égard de cette dernière* qu'il faudrait mettre en évidence le caractère d'apport de la prime, pour justifier son imposition.

L'administration n'a pas tenté cette démonstration.

CHAPITRE II

LA PRIME N'EST PAS UN APPORT. — INADMISSIBILITE D'UNE CONCEPTION FISCALE DE L'APPORT

136. L'apport est un élément essentiel du contrat de société.

La mise en commun convenue (1) de certaines valeurs, telle est, réduite à son ossature primitive et permanente, la définition de la société (2).

La pratique romaine, qui a admis la plus grande variété dans la nature des valeurs, objets de l'apport (numéraire, chose corporelle, droit de créance ou d'usu-

(1) C'est la convention qui distingue la société de la communauté ou indivision de fait.

(2) D'autres traits¹ de la physionomie de ce contrat se sont dessinés progressivement, ou ont été modifiés, avant d'apparaître tels que nous les contemplons dans le droit moderne. C'est ainsi notamment que le *but* de la mise en commun autrement dit, la *cause* même de l'obligation des contractants a varié. C'est nécessairement aujourd'hui le partage d'un bénéfice (C. civ. 1832). Le droit romain, au contraire, n'exigeait pas que les associés poursuivent un gain. Les textes (D. XVII, II Pro Socio, 52, 12.13) nous fournissent, en effet, des exemples d'associations, faites en vue d'une diminution de frais, sanctionnées par l'action Pro Socio.

fruit, industrie, crédit) (1) de même qu'elle s'est montrée large dans la fixation des modes de réalisation de l'apport, celui-ci pouvant se faire en propriété ou en jouissance, maintient strictement la nécessité inéluctable pour l'associé de faire un apport quel qu'il soit (2).

Le défaut d'apport de l'une des parties entraîne en effet la nullité de la société tout entière : la volonté des contractants elle-même demeure impuissante à exonérer l'un d'eux de la charge de l'apport, sans que disparaisse le contrat de société, pour faire place à la donation (3). Ces principes traditionnels sont si solidement établis qu'ils suffisent encore à asseoir l'édifice moderne du droit des sociétés.

Le Code civil nous présente en effet l'apport comme l'élément primordial essentiel du contrat de société.

L'article 1832 du Code civil définit la société un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de *mettre quelque chose en commun* et l'art. 1833 insiste et précise :

« Chaque associé *doit y apporter* ou de l'argent ou « d'autres biens ou son industrie ».

Or, il est évident que la prime n'est pas un élément essentiel du contrat de société, puisqu'on ne la rencon-

(1) Ulp. D. XVII, II, pro Socio, 5, 1.

Pomp. *eod.*, 6.

Proc. *eod.*, 80.

Gaius, III, 149.

Inst., III, XXV, 2.

(2) Ulp. D. *eod.*, 5, 1.

(3) Ulp. D. *eod.*, 5, 2.

tre que dans l'espèce particulière des sociétés par actions et que, même dans ce domaine restreint, il est un grand nombre d'émissions d'actions, réalisant soit la fondation de la société, soit une augmentation de capital, où elle n'intervient pas.

De ce premier chef donc, la prime se différencie de l'apport.

137. Nécessaire pour donner naissance à la société, la chose mise en commun est aussi nécessaire pour soutenir le contrat durant son existence. L'apport doit rester affecté (1) à la recherche d'un bénéfice pour-

(1) S'il est nécessaire que la mise sociale reste soumise à tous les risques inhérents à la société, la condition n'est cependant pas suffisante pour donner le caractère d'apport à une somme versée en même temps que la mise principale, en vue de constituer une réserve.

Un jugement du tribunal de Soissons du 3 janvier 1883 (Rép. Enreg. 6178) en décide, il est vrai, autrement. Mais ses conclusions s'accommodent d'étranges notions du capital social et de l'apport. Qu'on en juge :

« Attendu... qu'on ne peut pas dire que le fonds de réserve ne fait
« pas partie du capital social, qu'en effet il est versé en même
« temps que la mise principale et constitue, alors même qu'il a une
« destination différente, un capital qui est évidemment une res-
« source et un élément de crédit pour la société.

« Attendu que l'art. 6 des actes de société de 1869 et 1880 porte
« que les comparants déclarent apporter à la société, chacun dans
« la proportion de son apport spécial, le montant de la somme
« nécessaire pour former un fonds de réserve de 300.000 francs.
« Qu'il s'agit bien d'un apport pur et simple, d'un capital ayant
« une destination différente de celle du capital social, mais qui
« n'en constitue pas moins une mise sociale soumise à tous les ris-

suivi en commun, par le moyen de l'entreprise commune (1).

Pratiquement, l'apport en numéraire entre dans le capital social, et celui-ci, sans une désaffectation préalable que la loi entoure de garanties et de formalités, ne peut être distrait des opérations qui rentrent dans le but social. La prime, au contraire, peut être affectée à une utilisation accessoire sinon étrangère à l'objet social.

Elle ne s'intègre pas dans le capital social et ainsi est à la libre disposition de la société.

Il peut arriver qu'elle n'entre même pas dans l'actif social, ou n'y demeure pas, si l'assemblée générale qui règle les conditions de l'émission, ou une assemblée générale ultérieure, décide par exemple que son montant sera directement réparti entre les anciens actionnaires.

A ce second point de vue encore, la prime se sépare de l'apport.

138. L'apport social, enfin, surtout dans les sociétés

« ques inhérents à la société et faisant nécessairement partie de la
« commandite. »

(1) « La définition de la société établit suffisamment que chacun
« des associés y confère ou s'oblige d'y apporter certaines choses
« susceptibles de *procurer* les bénéfices qu'ils se proposent de par-
« tager : c'est ce qu'on nomme apport ou mise. »

Telle est la formule de Pardessus (*Cours de Dr. Comm., op. cit.*, IV, 32).

Elle met excellemment en relief la fonction génératrice de l'apport, fonction qui doit durer tant que dure la société, puisque l'apport doit *procurer* aussi bien le bénéfice de liquidation que les bénéfices annuels.

par actions, mesure la vocation de l'associé au partage des bénéfices annuels et de liquidation et au partage de l'actif social à la dissolution de la société.

A la vérité, les textes romains ne formulent pas explicitement ce principe. Celui-ci cependant s'infère des solutions données par les auteurs aux cas particuliers qu'ils envisagent (1).

Les jurisconsultes romains, s'occupant du règlement des parts des associés dans les bénéfices et dans les pertes, considèrent trois hypothèses :

D'abord les parts peuvent être déterminées dans le contrat. La convention fait alors la loi des parties (2). C'est ainsi que les associés peuvent valablement établir des différences entre eux, dans la proportion suivant laquelle ils sont intéressés au résultat social (3), ou une différence dans les taux fixant les parts d'un même associé dans le bénéfice et dans la perte (4), différence pouvant aller jusqu'à l'exonération totale de la perte (5), si l'équité l'exige (6).

Cependant, il est essentiel de remarquer que ces inégalités dans le traitement des associés ou dans la distri-

(1) Nous empruntons les explications qui suivent à Accarias *Précis...*, op. cit., II, 625-626.

(2) Inst. III, 25, *De Societate* 1.

(3) Inst. *cod.*, 1.

Ulp. D. XVII, II *Pro Socio*, 29 pr.

(4) Inst. *cod.*, 2.

(5) Inst. *cod.*, 2.

Ulp. D. *cod.*, 29, 1.

(6) Gaius III, 149... ut aequum sit...

bution du bénéfice ou de la perte se fondent nécessairement sur des inégalités correspondantes dans les apports (1).

La convention a précisément pour but d'établir une équivalence proportionnelle entre la valeur de la chose mise en commun et celle de l'émolument social.

En second lieu, les associés peuvent s'en remettre à la décision d'un arbitre (2) pour le règlement de leurs parts dans les bénéfices et dans les pertes.

Le rôle de cet arbitre, qui doit se comporter en homme de bien, *vir bonus*, consiste « à apprécier le rapport réel » des mises et à régler en conséquence les parts dans le gain et dans la perte » (3).

Il peut arriver enfin que les contractants ne se sont pas expliqués sur le partage des résultats sociaux.

Le bénéfice, comme la perte, se divise alors également entre eux (4).

On présume en effet que, par le silence qu'ils gardent sur la détermination de leurs parts sociales, les associés manifestent implicitement leur volonté que celles-ci

(1) *Ulpian* est formel en ce sens. *D. eod.*, 29 pr.

(2) Ce peut être l'un des associés.

Pomponius D. eod., 6.

(3) *Accarias Précis*, II, 626.

C. civ. 1854.

Pomponius D. eod., 6. — *D. eod.*, 75-80.

(4) *Gaius III*, 150.

Inst. eod., 1.

Ulp. D. eod., 29 pr.

Voyez, particulièrement sur ce point, les explications d'*Accarias Précis II*, 626 p. 346.

soient *égales*, parce qu'ils reconnaissent d'autre part l'*équivalence* réelle ou convenue de leur apports.

139. Le principe de proportionnalité entre l'apport social et la part dans les résultats de l'entreprise, ainsi consacré par le droit romain, n'a jamais cessé d'inspirer le droit des sociétés et d'apparaître comme fondamental aux yeux des commentateurs et du législateur.

Le chancelier d'Aguesseau fait application de ce principe, que nous avons tiré de la matière du contrat de société en général, au cas particulier des sociétés par actions. Nous lisons, dans le Mémoire sur le commerce des Actions de la Compagnie des Indes, au § VI :

« Une action dans une Compagnie de Commerce est
« la même chose qu'une part dans une société qui donne
« le droit de partager, à *proportion du fonds qu'on y*
« *met*, les profits certains ou incertains de la Compa-
« gnie, à condition de supporter aussi, dans la même
« proportion, les dépenses et pertes qu'elle peut
faire » (1).

Pothier écrit de même :

« Il est de l'essence du contrat de société que les par-
« ties se proposent, par le contrat, de faire un gain ou
« profit, dans lequel chacune des parties contractantes
« puisse espérer d'avoir part, à *raison de ce qu'elle a*
« *apporté à la société* » (2).

(1) d'Aguesseau, *op. cit.*, XIII, p. 521.

(2) Pothier (Œuvres de), *op. cit.*, tome III, traité du contrat de Société, Ch. I, § III, p. 446, 12. 3°.

Voyez la même définition, en des termes à peu près identiques au

Enfin l'article 1853 du Code civil intègre cette règle dans notre droit moderne. Il porte, dans son § 1 :

« Lorsque l'acte de société ne détermine point la part
« de chaque associé dans les bénéfices ou pertes, la part
« de chacun est *en proportion* de sa mise dans le fonds
« de la société ».

140. Nous remarquons que le droit français, plus encore que le droit romain, se montre soucieux d'assurer, dans la pratique, la réglementation du taux de la part sociale sur la valeur de l'apport correspondant.

A Rome, en effet, il fallait une convention ou un arbitre pour établir la proportionnalité de la mise et de la part sociales, l'absence de réglementation expresse faisant présumer l'équivalence des mises des contractants et entraînant l'égalité de leurs parts. L'art. 1853 du Code civil, insistant sur la fonction *normale* de l'apport, exige, au contraire, une clause expresse, dans l'acte de société, pour établir un partage des bénéfices ou pertes, entre les associés, déterminé autrement qu'*en proportion* des valeurs effectives des diverses mises sociales.

141. Ainsi donc, l'apport en société *donne* à celui qui l'effectue, la qualité d'associé et *mesure* une vocation aux avantages qu'entraîne cette qualité.

Or, le versement de la prime ne procure pas la qualité d'associé, il ne fait que subordonner son acquisition.

Il ne mesure pas non plus la part sociale.

Supposons une société comprenant deux catégories d'actionnaires. Les uns ont acquis leurs titres moyennant le seul versement d'un nominal de cinq cents francs par action ; les autres ont versé, en outre de ce même nominal, une prime de cinq cents francs. Il est bien évident que les seconds ne se verront pas attribuer, pour un titre, dans le partage des bénéfices ou de l'actif social, une part double de celle des premiers.

Bien plus, il est logiquement impossible de concevoir que même par une convention expresse on puisse arriver à attacher au versement de la prime les avantages inhérents à l'apport proprement dit du nominal.

Pareil résultat serait la contradiction même de la notion de prime et aboutirait tout simplement en pratique à entraver la fonction de l'institution.

Pour cette raison encore, à savoir que le versement de la prime ne confère pas directement, par lui-même, la qualité d'associé, ne mesure pas et ne peut pas mesurer les prérogatives de cette qualité, la prime ne nous paraît pas pouvoir être confondue avec l'apport en société.

142. D'ailleurs, si la prime était un apport, elle devrait, lors du partage de l'actif social, être prélevée par l'actionnaire à titre d'apport, à l'égal du nominal.

A la vérité, si l'on suppose que des actions émises au nominal de cinq cents francs, avec une prime de cent cinquante, retirent du fonds commun huit cents francs, l'administration de l'Enregistrement ne frappe, comme bénéfice réalisé par les porteurs, que la différence entre huit cents et six cent cinquante francs et non la différence entre huit cents et cinq cents francs.

Mais, à supposer que l'actif de la société, à la fin des opérations sociales, ne permette de donner à ces mêmes porteurs que six cents francs, il est incontestable que les porteurs d'actions acquises au seul nominal de cinq cents francs, ne devraient pas toucher moins de six cents francs, uniquement pour assurer six cent cinquante francs aux porteurs d'actions à prime, comme cela devrait se faire si la prime constituait un véritable apport.

143. Le principe qu'une somme d'argent, apportée par l'associé dans le fonds commun, où elle est soumise aux risques sociaux, ne peut pas être un apport, si elle ne confère pas à l'associé, directement et par elle-même, une participation aux bénéfices annuels et à l'actif social, a d'ailleurs été consacré par la jurisprudence et par la loi.

L'administration de l'Enregistrement avait perçu le droit de dation en paiement sur la clause de l'acte de partage du fonds social d'une société en nom collectif, clause aux termes de laquelle une partie de l'actif était attribuée à l'associé X..., en représentation du crédit de son compte courant.

Le dit associé contesta le bien fondé de cette perception ; il objectait que « les sommes versées en compte
« courant, dans la caisse sociale, par les associés, cons-
« tituent des *apports sociaux supplémentaires* et non
« des prêts à la société, par le motif que les comptes
« courants *n'étaient pas soustraits aux risques sociaux*,
« s'agissant d'une société en nom collectif où chaque
« associé est tenu sur ses biens personnels. »

L'Administration fit remarquer, dans sa réponse, que la circonstance qu'il s'agit d'une société en nom collectif ne peut avoir aucune répercussion sur le caractère juridique de ces versements, car, dit-elle, « autre chose est la contribution personnelle aux pertes sociales, qui vise les rapports entre associés et autre chose l'obligation personnelle de chaque associé, vis-à-vis des tiers, qui vise les rapports des associés avec les créanciers de la société » et elle ajoute « qu'aux termes de l'art. 1853 du Code civil, les associés ne doivent en tout état de cause supporter les pertes sociales que dans les limites fixées par l'acte constitutif de société, ou, à défaut, dans la proportion de leur mise sociale, dûment constatée. »

144. Le tribunal de Grenoble, dans un jugement en date du 26 décembre 1917 (1), reconnut la légitimité de la perception effectuée par le fisc. Les juges se refusèrent, en effet, à voir un supplément d'apport dans les sommes versées en compte courant par un associé ; ils y reconnurent un prêt. La répartition de ces sommes, en fin d'entreprise, à l'associé, créancier en vertu du compte courant, constituait dès lors non un partage, mais bien une dation en paiement.

Pour fonder ses conclusions, le tribunal invoque la différence, établie par la volonté même des parties, entre la nature des versements, effectués à la caisse sociale, en compte courant, et celle des apports sociaux.

(1) *Rép. pér. de l'Enreg.*, année 1921, art. 14045.

Aux termes de l'acte de société, en effet, les versements en compte *n'étaient pas productifs « d'une part éventuelle dans les bénéfices »*, alors que les apports constatés dans l'acte, donnaient droit à une part de moitié (il n'y avait que deux associés) dans les bénéfices (1).

145. C'est également sur le fait « *qu'elles ne sont pas rémunérées par une part supplémentaire dans les bénéfices* » que la loi du 31 juillet 1920, art. 6, s'appuie pour différencier de l'apport social les sommes versées par les associés en compte courant (2).

Or, de même que les sommes versées dans l'actif social en compte courant, les sommes versées dans l'actif social à titre de primes ne confèrent aucune part ni dans les bénéfices annuels, ni dans l'actif de liquidation.

(1) D'autre part, ces versements étaient rémunérés par un intérêt de 4 %, alors que les apports étaient productifs d'un intérêt différent soit 5 %.

De même l'intérêt fixe, souvent stipulé au profit du capital actions, ne rémunère que le versement du nominal, c'est-à-dire l'apport proprement dit, à l'exclusion des sommes versées comme primes ; sauf convention contraire, d'ailleurs assez rare dans la pratique. Voyez cependant le nouvel art. 25, 2°, b) des statuts de la Compagnie Nationale de Matières colorantes et Manufactures de produits chimiques du Nord Réunies, publiés dans la Gazette du Palais du 20 février 1928, p. 5, 1^{re} col.

(2) On lit, au texte de cet article :

« Seront également déduits,... les intérêts payés aux associés « pour les sommes versées par eux en compte courant, lorsque ces « *sommes restent en dehors de l'apport social*, qu'elles peuvent être « retirées moyennant un simple préavis, sans le consentement des « autres sociétés, et qu'elles ne sont pas rémunérées par une part « *supplémentaire dans les bénéfices*. »

Il n'est pas douteux que tout ce qui suit le membre de phrase

Sans prétendre assimiler le contrat dont la prime est l'objet au contrat de compte courant, nous nous croyons cependant autorisés à rendre compte, par la même raison, des particularités communes aux deux espèces de versements visés : ni les uns ni les autres ne sont des apports sociaux.

146. Nous nous résumons :

L'apport en société, tel que nous le représente traditionnellement le droit civil, nous apparaît comme un élément nécessaire du contrat de société : pas d'associé sans apport, et comme la norme de la qualité d'associé, en ce sens que la valeur de l'apport mesure celle de la part sociale.

Or, personne n'a jamais pensé que les sociétés soient tenues d'imposer, aux souscripteurs des actions du capital originaire ou d'augmentation, le versement d'une prime, en supplément de l'apport du nominal, et obligées de maintenir le montant des primes, dans le fonds social, à la poursuite du bénéfice à provenir de leur affectation exclusive à l'objet social.

Il est encore incontestable que le dividende distribué aux actionnaires, ainsi que la part d'actif liquidé, se calculent seulement sur le montant nominal des titres et qu'ainsi aucune part sociale ne rémunère et ne peut d'ailleurs rémunérer le versement de la prime.

« *lorsque ces sommes restent en dehors de l'apport social* » n'est que l'explication et le développement de ce membre de phrase lui-même. En sorte que, le fait « *qu'elles ne sont pas rémunérées par une part supplémentaire dans les bénéfices* » est présenté par le législateur lui-même, dans le texte même de la loi, comme une caractéristique des sommes restant en dehors de l'apport social.

Enfin, lorsque le nominal est prélevé, au titre d'apport, avant tout partage, la prime ne l'est pas.

Celle-ci, ne présentant aucun des traits distinctifs de l'apport en société, n'est pas un apport en société..

147. « Je te baptise carpe, disait Gorenflot, s'adressant à une poularde (1).

Avec un rituel tout aussi simplifié, l'administration de l'Enregistrement fait de la prime un apport. Elle se garde, en effet, de contredire directement les principes que nous venons de rappeler ; elle veut les ignorer ; mais, quand il lui faut soutenir sa prétention de faire de la prime un apport, pour la frapper comme tel, elle ne manque pas d'opposer à l'argumentation des sociétés qui plaident contre elle la *conception fiscale* de l'apport (2).

Sous le terme d'apports, le fisc comprend, selon sa

(1) Alexandre Dumas. *La Dame de Monsoreau*, chap. XVII.

(2) La société des Mines de Lens s'est vue opposer la solution suivante, datée du 24 juin 1922 :

« On entend par « apports » au sens de la loi du 28 février 1872, « non pas seulement la catégorie spéciale des biens appelés à former le capital social, mais tous les biens sans exception, mis en « commun par les sociétaires, à un moment quelconque, dans un « intérêt social, sans qu'il y ait à considérer la destination qui « pourra être donnée à ces biens, ou le compte sous lequel ils sont « appelés à figurer aux bilans sociaux. En d'autres termes, le capital qui est la première mise de fonds social, constitue non une « base fixe de perception, mais un minimum imposable. Or, le montant des primes d'émission, au même titre que le capital nominal « des actions, est mis à la disposition de l'être social pour permettre aux souscripteurs d'entrer dans la société et de participer aux « chances de l'entreprise. Ces primes présentent donc bien le caractère d'apports au sens fiscal du mot. Cette doctrine, précédem-

propre formule, « non seulement la catégorie spéciale
« de biens appelés à former le capital social, mais *tous*
« les biens sans exception, mis en commun par les
« sociétaires, à un moment quelconque, dans un intérêt
« social. »

La formule est si large qu'elle comprend la prime ; mais elle comprend tout aussi bien le montant d'un prêt obligataire consenti par un associé, ou la somme laissée par celui-ci, en compte courant, à la société.

Or, ces deux dernières sommes, quoique versées au fonds commun, par un associé, dans un intérêt social, ne sont évidemment pas des apports.

D'où il suit que la définition proposée est mauvaise, puisqu'elle ne convient pas exclusivement au seul défini.

De plus, il n'est pas vérifié en fait que la prime est

« ment suivie, n'est nullement modifiée par celle qui se dégage de
« l'arrêt du 20 janvier 1920.

« La taxe sur le revenu, au sujet de laquelle est intervenue cette
« décision, et le droit d'apport obéissent à des règles de perception
« entièrement distinctes et il n'y a pas lieu à se préoccuper à l'égard
« du droit d'apport, de la distinction faite, en matière d'impôt sur
« le revenu, par la Cour de Cassation, entre le capital social et le
« fonds social. »

V. aussi :

*Mémoire de l'enregistrement, au tribunal civil de Lyon, contre la
Compagnie Générale de Navigation, en date du 15 septembre 1921 ;
jugement du tribunal civil de Lille, du 23 avril 1926, qui adopte
la définition proposée par l'administration de l'enregistrement dans
son mémoire contre la Société des Mines de Lens, en date du
20 décembre 1923 ;*

*mémoire de l'enregistrement du tribunal civil de la Seine, contre
la Compagnie Générale Transatlantique, en date du 11 juin 1925.*

versée dans l'intérêt commun, puisqu'elle n'est certainement pas versée dans l'intérêt des nouveaux actionnaires, tenus de la déboursier, ni dans l'intérêt des porteurs de parts, qui n'acquièrent aucun droit sur son montant. Comment peut-on dire alors que la prime est versée dans un intérêt commun ou dans un intérêt social ? (1)

148. D'ailleurs, nous sommes en matière de droit positif : les institutions sont ce que la loi les a faites, en dépit des opinions qu'on en a.

Il peut arriver cependant que la loi ne nous donne pas elle-même les caractéristiques des objets qu'elle

(1) L'administration de l'enregistrement tente parfois de défendre sa thèse par de singuliers arguments.

Nous lisons au § VI du mémoire précité contre la Compagnie Générale de Navigation :

« Le dividende en part de bénéfice est dans son essence la rétribution même de l'apport dont il est l'unique raison d'être et de l'importance duquel il est généralement en fonction. »

Nous souscrivons certes sans arrière-pensée à cette déclaration. Mais, un peu plus loin, l'auteur du mémoire poursuit :

« Ils (les nouveaux associés qui versent la prime) acquièrent simplement un *complément de droit social*, moyennant la mise en commun d'une somme supplémentaire. Or, c'est là la caractéristique de l'apport pur et simple au sens de la loi fiscale. »

Là, nous ne suivons plus.

Comment peut-on dire que les souscripteurs versent la prime pour acquérir un complément de droit social, alors que ce versement leur est précisément imposé comme une indemnité, à raison de ce que le seul apport proprement dit du nominal leur conférant, *dans sa plénitude*, la qualité d'associés, le droit social qu'ils acquièrent ainsi paraît trop étendu, au point de vue de l'équité ?

Nous ne pouvons pas davantage admettre (Voir § VII du mémoire) que la prime soit une majoration d'apport exigée des nouveaux sous-

visé. Ainsi, au cas qui nous occupe, la loi taxe les « apports » et s'abstient de les définir.

Ce n'est pas à dire qu'il faille alors s'en référer aux conceptions administratives, incertaines et changeantes. Il importe d'ailleurs, au premier chef, à la sécurité du contribuable que l'administration, surtout lorsqu'elle se présente comme agent d'exécution, ne puisse pas s'ingérer dans le domaine de la loi, de quelque manière que ce soit, notamment en imposant ses conceptions propres des institutions juridiques. En particulier, nous n'avons que faire d'une conception fiscale de l'apport.

Dans le silence des lois spéciales d'enregistrement, la notion de l'apport en société ne peut être autre que celle qui, élaborée et précisée au cours des temps, est stabilisée dans les règles du droit civil qui « seules, sont fixes, « invariables et certaines, et, seules, peuvent préserver « les tribunaux de l'arbitraire » (1).

cripteurs comme « une *condition* pure et simple de leur entrée dans la « société, au même titre que le versement du capital nominal des « actions. » Ces propositions n'ont aucun sens. L'apport est un élément du contrat de société. Il n'en est pas plus la condition que le prix n'est la condition du contrat de vente.

(1) Championnière et Rigaud, *op. cit.*, I, n° 12. Comme le font remarquer ces auteurs, il est bien des conventions que la loi fiscale ne fait que nommer et taxer. C'est le cas notamment de la vente, de la donation, du cautionnement. Où cherchera-t-on les signes constitutifs de ces contrats, si l'on rejette les dispositions de la loi civile en matière d'enregistrement ? Nous ne pensons pas que les tenants du fisc se risqueraient à arguer d'une « conception fiscale » de la vente, de la donation ou du cautionnement. Pourquoi le tenteraient-ils en matière d'apports ?

CHAPITRE III

LA PRIME ET LES DROITS PROPORTIONNELS D'ENREGISTREMENT

I. — LA PRIME N'EST PAS ASSUJETTEE AU DROIT D'APPORT

149. L'administration de l'Enregistrement prétend ajouter le montant de la prime au montant de l'apport du nominal des actions, pour le calcul du droit proportionnel d'enregistrement de l'acte qui constate la fondation de la société ou l'augmentation de son capital (1).

Pour tenter de justifier cette pratique, approuvée jusqu'à présent par la jurisprudence, elle définit, nous l'avons vu, la prime, comme un apport en société.

Nous nous proposons de montrer que la quotité du

(1) En matière de société par actions, cet acte (*id quod actum est*) n'est pas simple, mais complexe. Amorcé par l'acte de société portant rédaction des statuts ou par la délibération qui, constatée en un procès-verbal, décide l'augmentation de capital, il se complète au fur et à mesure de l'accomplissement des formalités constitutives ou d'augmentation de capital. Lorsque les sociétés ne comptent que des apports en numéraire, ces formalités sont la déclaration notariée de souscription et de versement, et le procès-verbal de la délibération par laquelle l'assemblée générale a vérifié la sincérité de cette déclaration.

Cass. Req. 6 novembre 1923. *Rev. Enreg.*, 1924, p. 174, art. 7960.

droit d'enregistrement est établie sur la base du montant des apports sociaux *proprement dits*, et que, par conséquent, la prime ne doit pas entrer en compte pour le calcul de cet impôt.

150. La loi du 22 frimaire an VII demeure la base de la législation relative aux droits d'enregistrement.

Elle porte dans son art. 2 :

« Les droits d'enregistrement sont fixes ou proportionnels suivant la nature des actes et mutations qui y sont assujettis. »

Les droits sont donc perçus sur des actes et sur des mutations ; il y a des droits d'actes et des droits de mutation (1).

Le droit de mutation est celui qui se perçoit sur les transmissions entre vifs de biens immeubles en propriété, usufruit ou jouissance, et sur celles qui, pour toute espèce de biens, s'opèrent par décès (art .4, loi de frim.). C'est un droit proportionnel (2).

Le droit d'acte est tout droit, fixe ou proportionnel, établi sur autre chose que la transmission entre vifs des

(1) Champ. et Rig., I, 115.

(2) Champ. et Rig., I, 46. — C'est encore un droit de mutation qui a été créé par les articles 7 et suiv. de la loi du 28 février 1872, en matière de transmission à titre onéreux de fonds de commerce ou de clientèle; par l'article 28 de la loi du 22 mars 1924, en matière de vente de navires; par les articles 34 à 36 de la loi du 13 juillet 1925, en matière de cession de droit à un bail ou à une promesse de bail, V. *Revue des Impôts...*, op. cit., 1924 p. 369, IX et 1925 p. 548 3.

biens ci-dessus mentionnés, ou la mutation par décès de toute espèce de biens (1).

Le droit d'acte n'est dû que sur l'écrit (*instrumentum*) présenté à la formalité de l'enregistrement, écrit qui constate ce qui a été fait, dit ou convenu entre les parties, *id quod actum est* (2). Cela étant, l'art. 68, § III, n° 4 de la loi de frimaire soumet à un droit fixe de trois francs « les actes de société qui ne portent ni obligation, « ni libération, ni transmission de biens meubles ou « immeubles entre les associés ou autres personnes (3) ».

151. Dans ce texte, le législateur fait spécialement

(1) Nous ne méconnaissions pas les critiques qui ont été faites à la distinction proposée au texte (Voyez Wahl, *Traité dr. fisc.*, I, 94.)

Nous convenons que cette distinction n'est pas énoncée in terminis par la loi de frimaire et que, comme toute systématisation d'ailleurs, elle n'établit qu'une coïncidence imparfaite avec la réalité. Nous pensons cependant qu'elle nous donne de la réalité une idée suffisamment approximative pour l'esquisse schématique à laquelle nous devons nous borner.

(2) Les actes qui sont frappés d'un droit *proportionnel* sont ceux que la loi a expressément assujettis à ce droit.

Les droits *proportionnels* s'appliquent notamment aux actes portant obligation, libération ou mutation de biens meubles ou immeubles.

Les actes qui sont frappés d'un droit *fixe* sont ceux que la loi a expressément assujettis à ce droit, ou n'a pas nommés. La quotité du droit fixe varie dans le premier cas suivant la nature de l'acte nommé, elle est invariable dans le second cas.

(3) Sur l'explication du fait que le contrat de société ne donne pas ouverture à un droit *proportionnel* de mutation, voyez, dans la discussion du projet de la loi du 28 février 1872, les observations de M. de Ventavon, D. P. 1872.4.16, 1^{re} col., in fine ; Wahl, *Tr. de dr. fisc.*, I, 543 ; Dalloz, *Rép. prat.*, v° Enregistr., n° 1528. Bayart, *Journ. des Soc.*, février 1923, art. 2923, II, p. 57.

l'application du principe général qu'il avait posé dans l'art. 11 de la même loi, principe de la distinction entre la convention principale et les « *dispositions indépendantes* » contenues dans le même acte.

En vertu de ce principe, c'est seulement à la convention pure et simple de société qu'est réservée la faveur du droit fixe, tandis que les dispositions indépendantes contenues dans le même acte sont frappées du droit fixe ou proportionnel auquel les voue leur nature. (Art. 4, loi de frim.).

En particulier, constituent, dans un acte de société, des dispositions indépendantes, qui, comme telles, ne sont pas tarifées au même titre que la stipulation principale de société, les conventions accessoires passées, dans cet acte, entre les nouveaux associés, d'une part, et, d'autre part, la personne morale société. ou, si l'on préfère, les fondateurs ou les associés anciens.

152. Interprétons, à la lumière du texte général de l'art. 11, l'application du principe, faite par l'art. 68, § 3, 4°, au cas particulier de la société.

L'art. 11 traite comme dispositions accessoires, qui doivent être envisagées séparément et assujetties, selon leur espèce, à des droits spéciaux, celles qui ne « dérivent pas nécessairement les unes des autres » (1).

Cela nous paraît viser les dispositions que le lien d'une

(1) C'est le commentaire que le législateur nous donne lui-même, dans une rédaction un peu équivoque, de l'expression « *dispositions indépendantes* ».

Voici le texte :

Art 11. — Mais lorsque, dans un acte quelconque, soit civil, soit

même nature ne réunit pas, parce qu'elles ne sont pas les éléments constitutifs d'une même convention (1).

Elles peuvent avoir été prises en vue de la convention principale, elles peuvent même avoir été pour les parties la condition de leur obligation, elles n'en sont pas moins en dehors de la convention principale et, du point de vue du droit, indépendantes de celle-ci (2).

153. Ainsi donc, quand un acte (*instrumentum*) lui est présenté pour la formalité de l'enregistrement, l'administration doit faire un tri dans les dispositions qu'elle y trouve. Elle doit rassembler toutes les dispositions essentielles à la perfection juridique d'une même stipu-

judiciaire ou extrajudiciaire, il y a plusieurs *dispositions indépendantes ou ne dérivant pas nécessairement les unes des autres*, il est dû pour chacune d'elles, et selon son espèce, un droit particulier. La quotité en est déterminée par l'article de la présente dans lequel la disposition se trouve classée, ou auquel elle se rapporte.

(1) D'après la Cour de Cassation pour que les dispositions d'un acte soient dépendantes, il faut qu'elles « soient toutes les éléments corrélatifs et nécessaires d'un contrat unique ».

Cass., 21 août 1872, S. 72.1.441.

Cass., 28 mars 1887, S. 88.1.337.

Cass. civ., 14 déc. 1896, S. 98.1.97, note de M. Wahl.

Cass. civ., 26 oct. 1926, Gaz. Pal., 5 janv. 1927.

(2) M. Wahl écrit : ...« le caractère dépendant d'une disposition « dérive de sa nature même, de ce qu'elle est indispensable à l'acte, « de ce que l'acte ne pouvait pas exister sans régler, explicitement « ou implicitement, le point tranché par cette disposition. De là, on « doit conclure que la dépendance ne dépend aucunement de la « volonté des parties et qu'une disposition dont l'acte pouvait se passer est indépendante, même si, dans l'intention des parties, elle « est inséparable de l'acte. » Wahl, *Traité de dr. fisc.*, I, n° 150.

lation ou d'un même contrat (1), pour les tarifier en bloc à la rubrique de la stipulation ou du contrat qu'elles constituent.

Quant aux dispositions restantes, qui n'ont pu entrer en combinaison, comme indispensables, avec d'autres, pour former un tout homogène, ce sont les dispositions indépendantes prévues à l'art. 11. Elles doivent être tarifées aux droits prévus, s'il en est, sinon au simple droit d'acte.

154. Ces principes n'ont rien perdu de leur vigueur, car aucune des lois subséquentes n'y a porté atteinte. La loi du 28 avril 1816 se borne à élever le droit fixe, établi par l'art. 68, § 3 de la loi du 22 frim. an VII, de trois francs à cinq francs. (L. 28 avril 1816, art. 45, 2°).

La loi du 28 février 1872 substitue un droit gradué au droit fixe.

Son art. 1 porte :

« La quotité du droit fixe d'enregistrement, auquel
« sont assujettis, par la loi de frimaire an VII et par les
« lois subséquentes, les actes ci-après, sera déterminée
« ainsi qu'il suit, savoir : 1° Les actes de formation et
« de prorogation de société qui ne contiennent ni obli-
« gation, ni libération, ni transmission, de biens, meu-
« bles ou immeubles, entre les associés ou autres per-

(3) Nous y ajoutons toute disposition qui, sans être elle-même une disposition essentielle, se rattache immédiatement à une disposition essentielle, pour la compléter ou la préciser. L'art. 10 de la loi de frimaire prévoit un exemple de ce cas.

« sonnes, par le montant total des *apports mobiliers et*
« *immobiliers*, déduction faite du passif ; »

L'art. 2 fixe le taux du droit établi par l'art. 1.

L'œuvre de la loi de 1872 a consisté uniquement à modifier le droit dans son quantum. Elle ne touche pas à son assiette qui demeure celle que détermine la loi de frimaire an VII.

L'art. 1 cité de la loi de 1872 vise expressément les mêmes objets que visait la loi de frimaire.

Par ailleurs, une instruction de l'administration de l'enregistrement, pour l'exécution de la loi du 28 février 1872 (1), insiste sur ce point :

« Il y a lieu de remarquer, dit-elle, que la création du
« droit gradué ne constitue qu'une modification de tarif
« et non pas une modification de principes. Ainsi, au
« droit fixe, auquel donnaient lieu les actes énumérés
« dans l'art. 1, il est substitué un droit fixe gradué. Mais
« tous les autres droits proportionnels, dont la percep-
« tion découle de la législation et de la jurisprudence,
« continueront d'être exigibles comme par le passé ».

L'art. 19 de la loi du 28 avril 1893 substitue au droit fixe gradué un droit proportionnel de 0,20 %, plus les décimes.

La loi du 29 juin 1918, art. 15, porte à un pour cent, sans addition de décimes, le droit de 0,20 pour cent établi par l'art. 19 de la loi du 28 avril 1893.

Enfin la loi du 13 juillet 1925, art. 40, a élevé le droit

(1) Instruction n° 2433 de l'admin. de l'enregistr., en date du 29 février 1872, D. P. 1872.3.13 (voyez 3^e col.).

à 2,50 % en principal, auquel s'ajoute le double décime, en vertu de la loi du 22 mars 1924.

Ces modifications successives de tarif n'ont rien changé aux bases posées par la loi de frimaire.

Le droit proportionnel vise aujourd'hui ce que visait autrefois le droit fixe, c'est-à-dire les seules conventions essentielles au contrat de société et dont la réunion forme ce contrat.

155. Quand le législateur de 1872 détermine la quotité du droit d'enregistrement par le « montant total des apports mobiliers et immobiliers », il ne peut considérer, en vertu de la tradition qui le rattache au législateur de l'an VII, qu'un apport qui soit essentiel au contrat de société, qui soit nécessaire à l'existence de ce contrat (1).

Or, parmi les apports en numéraire, seul l'apport proprement dit, c'est-à-dire l'apport du nominal qui, s'intégrant dans le capital social, est directement rémunéré par l'action, présente ces caractères.

La prime, au contraire, dont la société peut imposer le versement au souscripteur, en plus de l'apport du nominal, est un élément purement accidentel et facultatif. Cela n'est pas contestable (2). Mais alors, si le ver-

(1) Champ. et Rig., III, n^{os} 2742, 2743, 2744.

Suppl. au rép. de Dal. v^o Enreg., n^{os} 1890 et 1893.

(2) Sur la distinction entre les choses qui sont de l'essence du contrat, celles qui sont seulement de sa nature et celles qui sont purement accidentelles, voyez Pothier, *op. cit. Traité des Obligations*, I, n^{os} 5 sqq.

« 1^o) Les choses qui sont de l'essence du contrat sont celles sans lesquelles ce contrat ne peut subsister. Faute de l'une de ces

sement d'une prime est stipulé dans un acte de société, cette stipulation est une stipulation accessoire, demeurant extérieure au contrat, puisque, à cause de son caractère facultatif, l'élément prime ne pénètre pas dans la réalité juridique, définie et invariable, que constitue le contrat de société.

Dès lors, la clause qui, dans un acte constatant la fondation d'une société ou l'augmentation de son capital, prévoit le versement d'une prime par les souscripteurs des actions, nous paraît constituer, au premier chef, une disposition indépendante, qui ne saurait, comme telle, être tarifée au même titre que la stipulation principale d'apports.

156. L'examen du texte de la loi de 1872 et la considération des desseins du législateur que ce texte laisse

« choses, ou il n'y a point du tout de contrat, ou c'est une autre
« espèce de contrat. ».....

« 2°) les choses qui sont seulement *de la nature* du contrat sont
« celles qui, sans être de l'essence du contrat, font partie du con-
« trat, quoique les parties contractantes ne s'en soient point expli-
« quées, étant de la nature du contrat que ces choses y soient ren-
« fermées et sous-entendues ».....

« 3°) les choses qui sont *accidentelles* au contrat sont celles qui,
« n'étant pas de la nature du contrat, n'y sont renfermées que par
« quelque clause particulière ajoutée au contrat ».

A la lumière de ces définitions, il apparaît que la prime n'est ni une chose essentielle au contrat de société, ni même une chose simplement de la nature de ce contrat. Elle n'est, comme nous le disons au texte, qu'une chose purement accidentelle au contrat.

apparaître, nous amènent, par une autre voie, à la même conclusion.

Quand, en effet, la loi de 1872 prévoit expressément, pour la détermination de la base imposable, la déduction du passif qui charge l'apport, du chef de l'apporteur (art. 1, 1^o in fine), elle manifeste clairement sa volonté de n'imposer la société que pour ce qu'elle peut effectivement consacrer au but social. Ce qui ne doit pas rester dans le fonds commun, pour les opérations sociales, ce qui doit en être distrait pour faire face à du passif et être payé aux tiers est soustrait au droit d'apport. Pourquoi la prime, qui est, dans certains cas, à réserver pour la distribution aux seuls actionnaires et n'est pas de l'essence du contrat de société, ne serait-elle pas également soustraite à ce droit ?

157. Nous nous résumons et nous concluons.

La prime échappe aux prévisions de la loi fondamentale du 22 frimaire an VII (art. 68, § 3, 4^o), qui, en matière de société, visait les stipulations essentielles au contrat.

Elle ne tombe pas davantage sous le coup de l'art. 1 1^o de la loi du 28 février 1872, qui, précisant la matière de l'art. 68, § 3, 4^o de la loi de frimaire, frappe, comme stipulations essentielles, les stipulations d'apports mobiliers et immobiliers. Nous croyons, en effet, avoir démontré que la prime n'est pas un apport et il est d'ailleurs évident qu'elle n'est pas un élément essentiel du contrat de société.

Nous estimons dès lors que la pratique de l'adminis-

tration de l'Enregistrement qui perçoit, sur le montant des primes, le droit qui frappe les apports en société est illégitime.

II. — LES CONVENTIONS RELATIVES A LA PRIME ÉCHAPPENT
AU DROIT PROPORTIONNEL

158. Uno avulso non deficit alter !

Si la Régie en vient à renoncer à confondre la prime et l'apport, en vue de frapper l'une comme l'autre du droit d'apport, ne sera-t-elle pas tentée de voir, dans les dispositions relatives à la prime, des dispositions indépendantes portant *obligation* du souscripteur de verser le montant de la prime et *libération*, par la société, de ce versement ?

Elle prétendrait alors percevoir les droits proportionnels sur les actes contenant *obligation et libération de sommes*.

Il est facile de prouver qu'il n'y a pas, de ce chef, matière imposable dans les dispositions concernant la prime. Il suffit, en effet, d'indiquer que la prime, dans la pratique, ne fait l'objet d'aucune convention synallagmatique, constatée par un acte (*instrumentum*) qui serait notarié ou qui, étant sous seing privé, tomberait sous le coup de la loi du 29 Juin 1918, art. 12.

159. D'abord, aucun des documents, qui révèlent à l'enregistrement que les souscripteurs ont versé la prime, ne manifeste une convention synallagmatique.

Dans la délibération de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires, reconnaissant la sincérité de la
VANDAMME : Pr. imp. Sousc. d'Act.

déclaration notariée de souscription et de versement, le receveur de l'enregistrement, à qui est présentée cette délibération, apprend de la prime que le versement en a été effectué par les souscripteurs. Il avait précédemment appris, dans le procès-verbal de l'assemblée générale autorisant l'émission, que la société se proposait d'exiger des souscripteurs le versement d'une prime.

Ni dans l'un, ni dans l'autre de ces deux documents n'intervient le souscripteur. Il n'apparaît ni pour contracter l'obligation de verser la prime, ni pour recevoir décharge du versement.

Une convention synallagmatique portant promesse par la société de remettre une action, contre promesse par le souscripteur de verser le nominal plus la prime n'est pratiquement jamais contenue dans un acte à proprement parler, dans un *instrumentum unique* (1). Elle ne se déduit que du rapprochement de divers documents, émanés soit de la société seule : délibérations de l'assem-

(1) Lors de l'élaboration de l'article 12 de la loi du 29 juin 1918, statuant en matière d'actes sous seings privés, et bien que le texte de la loi et les principes généraux en matière de perception des droits d'enregistrement suffisaient à faire entendre que le droit n'est exigible que si les éléments de la convention synallagmatique sont rassemblés dans un *seul et même* acte, les travaux préparatoires n'ont pas manqué d'insister sur ce point.

Si la convention n'est pas tout entière véhiculée dans un *instrumentum unique*, mais est scindée et résulte du rapprochement de deux documents, l'article 12 précité ne s'applique pas, l'enregistrement n'est pas obligatoire dans un délai préfixe.

V. Compte rendu de la séance du 14 juin 1918, au Sénat (*Journ. Off.* du 15, p. 471).

Adde article de M. Maguéro. *Journ. des Soc.*, 1918, p. 292 et 293.

blée générale extraordinaire enregistrées, soit du souscripteur seul : bulletin de souscription.

160. Si nous remarquons que le bulletin de souscription n'est pas soumis à l'enregistrement obligatoire, et qu'un bulletin de souscription n'est même pas nécessairement exigé, tout au moins lorsque la libération est instantanée, il nous apparaîtra que le caractère synallagmatique de la convention, dont la prime est l'objet, peut fort bien ne se déceler d'aucune manière, au regard de l'administration, en vue de la perception du droit d'enregistrement. Nous concluons que l'obligation stipulée et promise, c'est-à-dire l'obligation contractée, de faire le versement complémentaire qui constitue la prime ne résulte ni d'un acte public, ni d'un acte synallagmatique sous seings privés, au sens de la loi du 29 Juin 1918, art. 12 (1).

161. En second lieu, il n'y a pas, au fond, dans les dispositions relatives à la prime, et sous quelque forme que ce soit, obligation ou libération de sommes d'argent.

Le souscripteur, en effet, n'apparaît pas dans les actes

(1) L'administration elle-même dénie aux procès-verbaux d'assemblées générales d'actionnaires la nature d'actes synallagmatiques, au sens de l'art. 12 de la loi du 29 juin 1918.

Sol. 28 avril 1921, Inst. 3700, § 10. *Rev. de l'Enreg.*, 1922, art. 7415, p. 31.

Sol. 17 nov. 1923, Inst. 3807, § 21. *Rev. de l'Enreg.*, 1924, art. 8070, p. 665.

Réponse de M. le Ministre des Finances à une question du 2 juin 1926. (Déb. parl. Chambre, 1926, p. 2909) rapporté au *Recueil juridique des Sociétés*, 1926, p. 212.

enregistrés. Or, il ne peut pas y avoir obligation sans un sujet qui s'oblige, ni décharge sans un débiteur déchargé.

De même le versement immédiat des deniers de la prime n'est pas « l'acte portant libération » prévu par l'art. 69, § 2, n° 11, puisque, nous venons de le voir, il n'existe aucune obligation antérieure dont l'associé soit libéré (2).

Enfin, la mention de la prime ne saurait donner ouverture au droit proportionnel car elle ne constitue qu'une *simple énonciation* et non le *titre* d'une obligation.

162. Pour ces différentes raisons, la régie commettrait une erreur et frapperait dans le vide, s'il lui arrivait de prétendre saisir, dans les dispositions relatives à la prime, une convention synallagmatique, passée entre le souscripteur et la société et si notamment en vertu de la loi du 29 juin 1918, article 12, elle tentait de frapper ces dispositions des droits afférents aux actes portant obligation ou libération de sommes.

Il n'existe, en effet, ni obligation ni libération du montant de la prime portées dans un acte unique.

163. Les sociétés ont d'ailleurs, à leur disposition, un moyen aussi simple que radical de se soustraire à l'effet des prétentions abusives du fisc : c'est de ne mentionner la prime dans aucun des documents qui doivent être présentés à l'enregistrement.

La Cour de cassation a justement décidé (1) qu'il

(1) Champ. et Rig., II, n° 1577.

(2) Civ., 2 juill. 1879. D. P. 79.1.451.

n'était pas permis à une société de se soustraire à l'impôt en ne mentionnant aucun apport. Mais le motif qu'elle donne de sa décision, à savoir que l'existence de la société suppose « *nécessairement* » l'existence de l'apport justifie la restriction de la décision à l'apport proprement dit, à l'exclusion de la prime.

La prime peut donc échapper à la publicité, parce que l'existence de la société ne suppose pas nécessairement l'existence d'une prime. Mais, de là, nous tirons une preuve nouvelle que la prime n'est pas un apport et que, même, elle est extérieure au pacte social, car les conventions relatives aux apports déterminent le pacte social et celui-ci ne peut être autre que ce que la publicité révèle aux tiers (1).

(1) Dans ce sens : Louis Gallié. Des émissions d'actions avec primes. *Gazette des soc. et du dr. financier*, mai, 1921, p. 59.

TITRE III

Théorie de l'affectation spéciale et du mandat

EXPOSÉ DE CETTE THÉORIE. ELLE NE CONDUIT PAS A SOUS-
TRAIRE LA PRIME AU DROIT D'APPORT

164. Les sociétés ne s'étaient pas avisées, en fait, de contester la légitimité de la pratique fiscale consistant à assujettir la prime à l'impôt qui frappe l'apport, jusqu'au jour où la Cour de cassation, dans les arrêts précités du 20 juin 1917 (1) et du 21 janvier 1920 (2), eut formellement attribué aux primes le caractère de « *bénéfices* », de « *produits réalisés par la société* » (3). Les sociétés imposées pouvaient dès lors légitimement penser que si l'administration entendait frapper la prime, à sa sortie du patrimoine social, de l'impôt sur le revenu

(1) Supra n° 33.

(2) Supra, n° 52.

(3) Une telle décision, nous l'avons vu, permettait à la Cour (arrêt du 21 janvier 1920) de consacrer la perception de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières effectuée sur le montant de primes employées au rachat de parts bénéficiaires, sans avoir à abandonner les principes qu'elle avait précédemment posés dans la matière des conditions d'application de la taxe sur le revenu établie par la loi du 29 juin 1872 (Cf. Supra, n° 49).

des valeurs mobilières, ce qui suppose, selon la jurisprudence de la Cour suprême, que la prime est un bénéfice social, elle s'était interdit, par là même, de la soumettre désormais au droit d'apport, au moment où elle est versée à la société.

A tout le moins, elles pouvaient s'attendre à ce que les tribunaux refusent de sanctionner cette dernière perception qui implique, contrairement à la thèse de la Cour de cassation, la reconnaissance de la nature d'apport à la prime.

Il n'en a rien été. Jusqu'à présent, toutes les sociétés qui ont actionné l'administration de l'enregistrement en restitution du droit d'apport perçu sur les primes, ont vu leur demande repoussée par les tribunaux.

Dans leurs jugements, que nous avons analysés précédemment, ceux-ci, troublés sans doute par la préoccupation des intérêts en jeu, se bornent le plus souvent, c'est un fait, à affirmer, sans plus, que la prime est un apport.

La Cour de cassation n'a pas encore été appelée à se prononcer à nouveau, dans ces litiges, sur la nature de la prime. Mais, pour consacrer les errements du fisc, il lui faudrait revenir sur sa jurisprudence actuelle, car il est évident que la prime ne saurait être à la fois, et *au regard de la même personne*, la société, un apport et un bénéfice, celui-ci étant précisément engendré par celui-là.

165. Cependant, certaines des sociétés demandresses en restitution du droit d'apport perçu sur les primes ont

cru pouvoir fonder leur argumentation en dehors de la question de la nature de la prime.

Elles opposent au fisc, sans plus de succès d'ailleurs, la théorie de l'affectation spéciale et du mandat.

Nous présentons ici cette théorie, non pas à raison de sa valeur propre, mais à cause de la place qu'elle a prise dans l'histoire des idées, en notre matière.

166. La Compagnie générale de Navigation, société anonyme par actions, avait procédé à une augmentation de capital, au moyen de l'émission d'un certain nombre d'actions, dont le pair était augmenté d'une prime « pour égalisation de jouissance et frais de l'opération ».

La régie avait perçu le droit de 1 % sans décime, auquel étaient alors assujettis les apports en société, non seulement sur la valeur nominale des actions souscrites, mais encore sur la prime.

La société assigna la direction générale de l'enregistrement devant le tribunal civil de Lyon, pour obtenir restitution du droit d'apport perçu sur le montant des primes.

Pour justifier sa demande, elle soutenait que le droit de 1 % ne frappe que la valeur nette des apports purs et simples dont la société a la libre disposition.

Si, au contraire, ajoutait la Compagnie, une partie de la prime d'émission reçoit une *affectation spéciale*, imposée à la société, ou que la société s'impose elle-même, dans l'intérêt commun, ou à la décharge des seuls souscripteurs à l'augmentation de capital, à l'exclusion des anciens actionnaires, il n'y a pas, jusqu'à concurrence

de cette partie de la prime d'émission, d'apport pur et simple taxable. Il y a seulement *mandat* donné à la dite société de faire un emploi déterminé d'une portion de la prime d'émission, pour le compte des souscripteurs qui la versent.

167. Or, dans l'espèce, une partie de la prime avait été spécialement affectée, notamment au paiement des frais d'émission et à l'égalisation de jouissance, c'est-à-dire à l'égalisation des dividendes de l'exercice courant entre les actions nouvelles et les actions anciennes.

La société faisait remarquer que les comptes de réserve n'avaient été dotés de la prime qu'après déduction de la partie de cette prime ayant reçu une affectation spéciale, et que c'était dans cette mesure seulement que les capitaux versés servaient à composer les fonds de la société et à payer les dettes et charges sociales. Elle concluait que c'était également dans cette mesure qu'il y avait apport pur et simple passible du droit d'enregistrement.

Quant à la partie de la prime, objet de l'affectation spéciale, elle est versée à la société en vertu d'un contrat de mandat, et ne donne, par conséquent, ouverture qu'au seul droit fixe.

168. D'après la thèse de la société demanderesse, en effet, lorsque la prime est versée aux fins d'égalisation de jouissance des actions nouvelles et des actions anciennes, les souscripteurs donnent mandat à la société de prélever, sur la prime versée, une somme suffisante pour payer, lors du règlement de l'exercice en cours,

aux porteurs des actions nouvelles, un dividende égal à celui attribué aux actions anciennes.

D'autre part, lorsque la prime est affectée au paiement des frais relatifs à l'émission, les nouveaux souscripteurs prennent à leur charge personnelle le montant de ces frais et ils donnent mandat à la société de les payer pour leur compte et à leur décharge. La société explique par l'effet d'une convention analogue à celle qui intervient dans la vente « contrat en main » (1) le fait que les frais de l'émission se trouvent être à la charge des souscripteurs. Ceux-ci doivent être assimilés aux vendeurs, la société à l'acquéreur et le droit d'apport pur et simple, correspondant au droit de vente, ne peut être perçu que sur le montant total des apports, après déduction de la portion qui dans la prime d'émission est affectée au paiement des frais de l'opération, frais qui normalement incombent à la société et que les nouveaux souscripteurs prennent à leur charge.

169. Cette argumentation est loin d'être aussi solide qu'elle est ingénieuse. Ses diverses propositions s'évanouissent en effet sous les premiers coups de la critique.

Et d'abord, il est vrai que le droit d'enregistrement ne frappe que le montant *net* des apports, mais la déduction du passif, que prévoit l'art. 1 de la loi du 28 février 1872,

(1) Dans la vente « contrat en main », le vendeur prend à sa charge les frais de la vente qui, d'après l'art. 1583 du code civil, devraient être supportés par l'acquéreur.

Le montant des frais doit alors être retranché du prix pour la perception du droit de mutation.

Dalloz, Rép. pr. V^o Enreg., n^o 1827.

ne s'entend que du passif *propre à l'apporteur* et qui grève l'apport au moment de la mise en commun. Ce point est incontesté. En effet, l'acquit des charges sociales, auquel la société emploie ultérieurement l'objet de l'apport, ne saurait évidemment diminuer pour elle la valeur de cet apport. Comme répond l'Administration dans son mémoire : « il importe peu que, dans le contrat de société, il soit stipulé que tel ou tel apport sera « destiné à faire face spécialement à telle ou telle dette « sociale. Cette dette, dès lors qu'elle incombe normalement à l'être moral, grève l'actif social, mais non les « biens apportés et elle ne peut diminuer la valeur imposable de ces derniers. »

Or, le paiement des frais de l'émission et le paiement du dividende aux actionnaires sont, au premier chef, des charges qui incombent à la société.

D'autre part, le fisc ne saisit l'apport qu'au moment où il vient de pénétrer dans le patrimoine social. Il ne peut pas et n'a pas à se préoccuper de l'affectation ultérieure qui lui sera effectivement donnée. Celle-ci ne saurait donc être considérée, quand il s'agit de fixer le taux de l'impôt.

170. Si nous examinons maintenant la thèse du mandat, nous nous apercevons aussitôt qu'elle ne saurait être admise, au moins dans les termes où elle nous est proposée. Au nom de la Compagnie générale de navigation, on a soutenu que les souscripteurs ont donné *mandat* à la société d'employer la prime qu'ils versaient à leur payer, pour l'exercice en cours, un dividende

égal à celui des anciens actionnaires et à acquitter, à leur décharge, les frais de l'émission.

Mais les caractères distinctifs du mandat (1) s'opposent à cette explication. L'initiative du mandat appartient au mandant. C'est lui qui donne le pouvoir d'agir, au mandataire qui n'a qu'à accepter le mandat. Ce serait au contraire la société, mandataire, qui imposerait aux souscripteurs, l'obligation de lui conférer mandat et de se porter par là ses mandants. C'est, en effet, la société qui impose aux souscripteurs le versement d'une prime et dispose unilatéralement de l'affectation qui lui sera donnée.

Par ailleurs, le mandataire agit au nom et à la place du mandant. Autrement dit, l'objet du mandat ne peut être qu'un acte dont l'accomplissement incombe normalement au mandant. On ne conçoit pas, en effet, que, pour faire un acte juridique sur son propre patrimoine, Primus puisse recevoir un pouvoir de Secundus. C'est cependant le fait que nous trouvons dans le prétendu mandat soumis à notre analyse. Payer les frais de l'émission, distribuer un dividende aux actionnaires, tant nouveaux qu'anciens, voilà des obligations normales de la société, qu'elle eût dû pareillement acquitter si elle n'avait pas encaissé de primes, et si, par conséquent, l'hypothèse même d'un mandat devait être écartée.

171. D'autre part, on ne saurait nier qu'il est au moins inattendu qu'une clause expresse, même insérée dans les statuts, puisse mettre, à la charge du souscripteur,

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, VI, § 410.

l'avance d'une partie du dividende que doit justement lui procurer l'action qu'il a souscrite. Je souscris pour bénéficier, étant devenu actionnaire, des divers avantages attachés à la qualité d'associé, parmi lesquels figure le droit au dividende. Comment dès lors le premier effet de ma souscription serait-il, au contraire, de me rendre débiteur d'une partie de ce dividende ? (1) Que la société exige de moi, avant de me permettre de souscrire au nominal et d'acquérir ainsi la qualité d'actionnaire, que je lui verse une prime, fort bien. La société, à qui appartient l'initiative de la pollicitation, est, en effet, parfaitement libre de fixer, comme elle l'entend, les conditions de l'offre qu'elle me fait de m'admettre dans son sein, en qualité d'associé.

Alors, la prime que je verse n'a pas pour but d'éteindre une obligation qu'à fait naître en moi la souscription que je viens d'effectuer, mais de satisfaire à une charge à l'accomplissement de laquelle était subordonnée la validité même de ma souscription.

Mais s'il en est ainsi, rien n'autorise les souscripteurs

(1) Concédons qu'il ne s'agit pas, pour le souscripteur, de faire les fonds du dividende intégral qui lui sera payé, mais seulement de verser la somme nécessaire pour égaler le dividende auquel il a droit à celui plus fort des anciens actionnaires. Ne paraît-il pas inutile de supposer l'intervention d'un contrat de mandat entre le souscripteur, débiteur de cet appoint, et la société, sa créancière, pour expliquer que le premier se libère, envers la seconde, en payant à celle-ci, sous le nom de prime, la somme d'argent, objet de sa dette ?

A-t-on jamais eu l'idée de dire que l'acheteur, quand il paie son vendeur, lui donne mandat d'affecter les deniers versés à le libérer de sa dette du prix ?

à juger des motifs pour lesquels la société a cru devoir leur imposer le versement d'une prime, ni à dicter à la société, sous forme d'un mandat, l'affectation qui sera donnée à la prime.

172. Lorsque la prime est destinée à pourvoir à la charge des frais de l'émission, l'interprétation du mandat à ces fins ne se heurte pas aux mêmes objections.

Si les frais d'émission incombent normalement à la société, nous ne voyons pas les mêmes raisons, que celles que nous apercevions dans le cas précédent, pour interdire à la société de s'en décharger sur les souscripteurs.

Les frais qu'entraîne toute fondation de société ou toute augmentation de son capital sont évidemment accessoires au contrat de société ; ils dérivent non pas d'une nécessité de droit, mais d'une simple nécessité de fait.

S'il faut pratiquement que la charge en soit supportée, et si elle est ordinairement supportée par la personne morale, il est clair qu'elle pourrait tout aussi bien l'être par les souscripteurs, sans que soit altérée la nature des rapports qu'établit le contrat entre la société et les associés.

Il y aurait là, semble-t-il au premier abord, un moyen pour les sociétés de se défendre contre les prétentions abusives du fisc. Au lieu d'imposer purement et simplement aux souscripteurs une prime d'émission, elle répartiraient entre eux, proportionnellement au nombre d'actions souscrites, le montant des frais de l'émission. Chaque souscripteur pourrait alors être astreint à verser

aux guichets sociaux, en même temps par exemple qu'il libère le premier quart des titres souscrits, sa part contributive dans les frais de l'émission et à donner mandat à la société de payer en son nom et à sa décharge les créanciers de ces frais (1).

173. Mais comme les souscripteurs ne peuvent être tenus des frais de l'émission, si ce n'est en vertu d'une dérogation à la pratique commune, et qu'on ne saurait présumer cette dérogation, il serait nécessaire au moins que les statuts, ou les résolutions de l'assemblée générale qui vote l'émission, prévoient expressément que les frais seront à la charge des souscripteurs.

Or, dans le cas de la Compagnie générale de Navigation, la société n'avait pas prévu que les nouveaux actionnaires seraient les débiteurs personnels des frais de l'émission. Elle était donc mal venue à soutenir qu'elle avait payé ces frais, non pas pour son propre compte, mais en l'acquit des souscripteurs et sur leur mandat.

La même raison suffit à condamner le rapprochement suggéré par la société demanderesse entre la souscription et la vente « contrat en main ». Ce rapprochement suppose, en effet, que les frais de l'opération sont passés à la charge des souscripteurs (2).

(1) Pratiquement, comment donner confiance aux tiers avec lesquels il faudra traiter dès avant les souscriptions, ou même après ? Admettront-ils de rester sans recours contre la société (art. 1997 C. Civ.) ? Celle-ci songera-t-elle à cautionner la dette de ses mandataires éventuels ou déjà connus ?

(2) Nous ajoutons que la société ne pouvait d'ailleurs espérer

174. Cependant, si nous allons jusqu'au bout des précisions nécessaires, nous apercevons qu'il ne suffirait même pas que les frais de l'opération soient passés à la charge des souscripteurs. Cela ne changerait rien à la réalité des faits. C'est bien la société qui a avancé les premiers débours, contracté les premiers engagements, vis-à-vis par exemple, d'un syndicat de garantie assurant le succès de l'émission, c'est bien la société qui a pourvu à l'enregistrement, au dépôt et à la publicité légale des pièces attestant que la constitution du nouveau capital est devenue définitive. Elle ne s'est pas présentée, dans ces différentes circonstances, comme mandataire de chacun des souscripteurs, de façon que seuls ceux-ci fussent tenus. Elle s'est obligée elle-même, sans les faire connaître.

Le mandat n'a pas été utilisé ; des obstacles de fait, il faut en convenir, le rendaient inexécutable.

Que si l'on veut, cependant, contre toute vraisemblance pratique, qu'il ait été exécuté, nous constatons qu'en définitive, la société a été, par cette exécution, libérée d'obligations pécuniaires qui, normalement, lui eussent incombé. La société bénéficie, en fin de compte, d'un avantage que lui ont procuré les souscripteurs. Que

opposer utilement à l'administration de l'enregistrement un argument tiré d'un raisonnement par analogie.

Ce mode de raisonnement est, en effet, interdit à l'interprète de la loi fiscale laquelle n'admet pas qu'on applique, dans un cas sur lequel elle est restée muette, les dispositions expresses concernant un autre cas qu'on prétendrait assimilable au premier.

Champ. et Rig., *op. cit.*, I, p. 36, n° 39.

répondre à ceux qui, partisans de la prime apport social, prétendront que cet avantage, mesuré en valeur par le montant des sommes affectées, n'a pas cessé d'être et reste en définitive un apport d'autant, comme si la prime eût été stipulée pure et simple et sans affectation ni mandat ?

175. En résumé, il nous paraît impossible de soutenir que l'affectation spéciale des primes d'émission, prévue par la société, ait pour effet de soustraire leur montant au droit d'enregistrement qui frappe les apports, s'il était prouvé par ailleurs que la prime constitue de sa nature un apport. Il est normal, en effet, que la société utilise les apports qui lui sont faits. Or, dans l'affectation spéciale dont il s'agit, nous ne voyons qu'une utilisation régulière des deniers sociaux, même si ceux-ci provenaient d'apports.

Nous ne pouvons davantage admettre l'intervention d'un mandat, dans les conditions que nous avons rappelées, soit que les souscripteurs ne puissent pas donner mandat à la société de payer en leur acquit une dette qui n'est pas à leur charge, mais à celle de la société, prétendue mandataire, soit que, au cas où les souscripteurs pourraient être considérés comme l'ayant donné, ce mandat reste pratiquement inexécutable.

176. Devant une argumentation aussi faible opposée à ses prétentions, le triomphe de l'Enregistrement fut facile. Le jugement du tribunal de Lyon du 1^{er} février 1923,

auquel nous avons déjà fait allusion (1), débouta la Compagnie générale de Navigation.

Chose curieuse, nous ne trouvons, dans l'exposé des motifs de ce jugement, aucune tentative de réfutation de la thèse de l'affectation spéciale et du mandat, élaborée par la société demanderesse. Le tribunal se borne à donner une définition de l'apport, à affirmer implicitement que la définition s'applique à la prime et à conclure que le droit proportionnel d'apport est exigible aussi bien sur la prime que sur le montant nominal des actions.

177. Cependant, la fortune de la thèse du mandat ne s'arrête pas là. A la même époque et devant le même tribunal, la compagnie du Gaz de Lyon introduisit une instance tendant aux mêmes fins : la restitution du droit d'apport perçu sur des primes d'émission.

Elle opposa à son tour, à la pratique de l'enregistrement, la théorie de l'affectation spéciale et du mandat et réclama l'assimilation de la souscription avec primes à la vente « contrat en main ».

Cette fois, le tribunal civil de Lyon, statuant le 11 juillet 1924, fait un sort définitif à la thèse proposée, en montrant l'incohérence juridique. D'autre part, en vue de justifier ses conclusions, le tribunal adoptant le système qui est celui de tous les jugements rendus sur la même matière, pose en postulat que la prime constitue un apport et est visée comme telle par les termes de l'art. 1 de la loi du 28 février 1872, qui détermine le

(1) Supra, n° 125.

mode de calcul du droit d'enregistrement frappant les apports en société (1).

(1) Ajoutons qu'un jugement de tribunal de la Seine du 10 mars 1882 (Rép. périod. de l'enreg., année 1882, n° 5943) que nous avons déjà cité (supra, n° 121, 3^{me} note) avait également soumis, au droit d'apport, le montant d'une prime que les souscripteurs du capital originaire d'une compagnie d'assurances contre les *accidents* avaient versée. « *volontairement et extra-statutairement* », en vue d'une affectation spéciale. Il s'agissait, en effet, de payer avec cette prime, l'acquisition du droit, pour la société, de porter la dénomination de « Le Patrimoine », qui appartenait à une compagnie d'assurances sur la *vie*.

TITRE IV

Définition de la prime. — Analyse de la convention qui y oblige

CHAPITRE I

REVIREMENT DE LA JURISPRUDENCE ET DE LA DOCTRINE SUR L'INTERPRETATION DE LA NATURE DE LA PRIME

178. En dépit de la faveur qu'elle trouve auprès de l'administration de l'enregistrement et du succès que lui ont, à plusieurs reprises, assuré les tribunaux, nous croyons pressentir le déclin de la thèse de la prime apport social, à la fois dans la jurisprudence et dans la doctrine.

Nous lisons, dans un arrêt du Conseil d'Etat, en date du 24 mars 1926 (1) ;

« Considérant que la prime d'émission représente la
« somme exigée des souscripteurs, en sus du montant
« nominal de l'action pour devenir associé et participer
« avec et comme les anciennes actions à la répartition
« du bénéfice et de l'actif social ; qu'ainsi la prime

(1) Gaz. Pal., 1926.1.696.

D. P., 1928.3.5, note de M. Joseph Hamel.

« d'émission a uniquement sa source dans un versement
« directement effectué par les associés eux-mêmes ; qu'elle
« ne saurait, dès lors, être comprise parmi les produits
« nets visés à l'art. 2 de la loi du 1^{er} juillet 1916 et dont
« la comparaison avec les bénéfices réalisés au cours
« de chaque période d'imposition permet de déterminer
« le bénéfice imposable. »

179. Nous voulons retenir de cette citation que le Conseil d'Etat, refusant à la prime la nature d'un produit réalisé par la société, se garde soigneusement de lui attribuer celle d'un apport, comme il était cependant sollicité de le faire par l'exemple des décisions judiciaires que nous avons précédemment rappelées.

La suprême juridiction administrative a au moins le mérite d'instaurer une réaction contre des errements communément suivis. Elle libère en effet la prime de ce dilemme : ne pouvoir être qu'un bénéfice ou un apport.

Bien plus, on devine quelle résistance le Conseil d'Etat a dû opposer à l'entraînement de sa propre expression pour qu'il s'abstint de qualifier, du mot « apport », le « *versement directement effectué par les associés eux-mêmes* », par quoi il définit la prime.

La réserve prudente dans laquelle se tient le Conseil d'Etat, devant une qualification positive à donner à la prime, est remarquable quand on la rapproche de l'assurance avec laquelle les tribunaux de l'ordre judiciaire affirment de la prime qu'elle est un apport.

Les hésitations que marque ainsi la dernière jurisprudence du Conseil d'Etat n'annonceraient-elles pas un

revirement dans la conception jurisprudentielle de la prime, apport social, actuellement en faveur ?

180. On constate, d'autre part, une évolution dans la doctrine.

Certains auteurs, et non des moins considérables, qui ont récemment écrit sur la prime, abandonnent la thèse de l'apport.

C'est ainsi que pour M. Marcel Lecerclé, « la prime « d'émission revêt le caractère d'un élément *sui generis*...; « il n'y a pas plus de raison, dit-il, de la considérer comme « un apport que comme un bénéfice; elle n'entre pas « dans le cadre de ces conceptions juridiques (1) ». D'autres auteurs ont tenté de préciser la nature de cet élément.

Nous avons eu alors la définition de la prime comme « droit d'entrée dans la société », définition notamment proposée dès 1899 par M. L. Bossy (2) et reprise successivement par MM. Amiaud (3) en 1912,

(1) Lecerclé, *op. cit.*, n° 200, suivi par Allix et Lecerclé, *op. cit.*, I, p. 280.

(2) Louis Bossy, *op. cit.*, p. 89-90.

« Selon nous, ces avantages (attribution de parts bénéficiaires, attribution aux anciens actionnaires des primes versées par les nouveaux actionnaires, en sus du prix de leurs actions) constituent un véritable droit d'entrée que les anciens actionnaires prélèvent sur les nouveaux ».

(3) Amiaud, 1^{re} éd., *op. cit.*, p. 179.

— « Il s'agit, en réalité, d'une sorte de droit d'entrée supplémentaire. »

Nous n'admettons pas plus ici le mot « supplémentaire » que

Baratin (1) en 1920 et 1921, P. Pic (2) en 1923,

L'administration elle-même a adopté l'expression,

dans l'expression « apport supplémentaire », appliquée à la prime.

Si la prime est un droit d'entrée dans la société, il n'y a pas d'autre droit d'entrée que celui-là.

Quand j'acquitte le prix nominal de l'action, on ne peut pas dire que j'acquies simplement le *droit d'entrer* dans la société, il faut dire que j'*entre effectivement* dans la société. On peut payer un droit d'entrée quelconque, sans user de la faculté acquise d'entrer, on ne peut pas, au contraire, souscrire au nominal d'une action, sans entrer, *ipso facto*, dans la société.

Le seul droit d'entrée, c'est la prime. Quant au versement de l'apport proprement dit, il réalise l'acte d'entrée dans la société.

Ici encore se manifeste l'opposition de nature des deux versements, celui de la prime et celui du nominal, apport proprement dit.

(1) Baratin. *Rev. des Soc.*, 1920, p. 68.

— « L'émission a lieu nécessairement au-dessus du pair s'il n'est réservé aucun droit de préférence aux actionnaires. Le souscripteur est alors tenu d'apporter à la société, non seulement le montant nominal de l'action nouvelle, égal à celui d'une action ancienne, mais encore un versement supplémentaire, en quelque sorte, un *droit d'entrée dans la société*, qui constitue la prime d'émission. »

Rev. des Soc., 1921, p. 6 :

— « Versée par les souscripteurs d'actions nouvelles, non pas dans la caisse de la société, mais aux premiers actionnaires, la prime revêt un caractère nouveau. Elle représente alors le *prix moyennant lequel les souscripteurs d'actions nouvelles acquièrent directement des premiers actionnaires le droit d'entrer dans la société.* »

(2) P. Pic., *Rev. des Soc.*, 1923, p. 263, citant Copper. Royer, *op. cit.*, II, 242 :

« C'est plutôt (la prime) un *droit d'entrée* payé par des actionnaires nouveaux qui ont à se mettre sur un pied d'égalité avec des actionnaires anciens... »

pour l'appliquer au moins à la prime perçue à la fondation de la société. Un avis émis le 23 février 1918 par la Commission du premier degré des bénéfices de guerre porte en effet : «..... une société qui se fonde a le droit
« de demander à ses adhérents de verser un *droit d'entrée*
« (il s'agit de la prime) dont elle fera une masse portée
« immédiatement à la réserve » (1) ;

A la vérité, les auteurs cités n'insistent guère sur les conséquences pratiques de leur thèse. Leur mérite est néanmoins réel, à nos yeux, car, affirmant de la prime qu'elle est un droit d'entrée dans la société, ils nient par là même implicitement, quand ils ne le font pas explicitement, qu'elle puisse être un bénéfice ou un apport social. Ils ne font d'ailleurs que retrouver la conception de la prime, telle qu'elle s'exprimait librement, quand les besoins du fisc étaient moins pressants. Alors, en effet,

(1) *Rev. de la contribution sur les bénéfices de guerre*, 1920, art. 514.

La Commission supérieure (décision du 31 janvier 1919, eod. loc.) déclare à son tour :

(les primes) « représentent le prix moyennant lequel les nouveaux
« actionnaires *achètent le droit de venir au partage de l'actif*
« *social*, lors de la dissolution de la Société, au même rang que les
« actionnaires antérieurs, c'est-à-dire un apport ou un supplément
« d'apport. »

Acheter le droit de venir au partage de l'actif social ne nous paraît être autre chose que payer un droit d'entrée dans la société.

On voit, par la citation que nous faisons, que la Commission Supérieure ne parvient pas à préciser sa conception de la prime, puisqu'elle ne parvient pas à dissocier les deux notions *différentes*, en lesquelles, elle analyse la prime, celle d'un droit d'entrée dans la société et celle d'un apport en société.

M. Wahl définissait tout simplement la prime : « une somme versée à la réserve comme *charge de la souscription* » (2).

(1) Wahl, *Etude sur l'augm. du cap.*, op. cit., p. 41, n° 36.

CHAPITRE II

LE DROIT DE SOUSCRIRE PAR PREFERENCE ET LA PRIME CHARGE DU DROIT DE SOUSCRIRE

181. « Droit d'entrée dans la société », « charge imposée au souscripteur », c'est tout un. Remplaçant l'une et l'autre définitions par une expression synonyme, nous dirons de la prime qu'elle est *une modalité d'acquisition du droit de souscrire*. Notre formule nous paraît avoir l'avantage de mieux mettre en évidence l'analogie qui existe entre l'institution de la prime et celle du droit de préférence.

La réserve, au profit des anciens actionnaires, d'un droit de préférence à la souscription au pair des nouvelles actions et l'exigence d'une prime, des souscripteurs non actionnaires constituent, du point de vue de la société, deux modalités, deux formes différentes de l'exercice d'un même droit : le droit qui appartient à la société de régler, comme il lui convient, les conditions de jeu des événements qui, telle l'intégration de nouveaux membres dans son sein, affectent le conglomerat des intérêts que représente l'être moral, sous la forme duquel on l'évoque et on la distingue communément.

C'est ainsi que nous reconnaissons à la société, qui se

fonde ou augmente son capital, le droit de réserver, à son gré, la souscription des actions qu'elle émet à telle catégorie de personnes, de même que celui d'exiger le versement d'une prime des souscripteurs. La société exerce le droit dont il s'agit par l'organe de ses fondateurs, de l'assemblée générale de ses actionnaires ou de son Conseil d'administration dûment autorisé.

182. Mais alors, il apparaît que l'existence des réserves n'est pas nécessaire pour fonder soit l'attribution, aux anciens actionnaires, d'un droit de préférence à la souscription des titres nouveaux, soit la stipulation d'une prime des souscripteurs non actionnaires : en particulier, personne ne conteste la validité de l'imposition de la prime aux souscripteurs du capital originaire.

Sans doute, dans la plupart des cas, c'est l'existence des réserves qui détermine la société, procédant à une augmentation de capital, à reconnaître un droit de préférence aux anciens actionnaires ou à percevoir une prime des souscripteurs nouveaux. Ainsi, le fait qu'il existe des réserves et la nécessité qui s'en déduit, de protéger les droits des anciens actionnaires sur ces réserves, est ordinairement le *motif* pour lequel la société se décide à exercer le droit que nous lui reconnaissons. Mais le motif pour lequel une personne exerce un droit qui lui appartient n'influe ni sur l'existence, ni sur la nature, ni sur la validité du droit lui-même (1).

(1) Nous aurons à revenir sur ce point et à indiquer les conséquences qui découlent de notre proposition. V. *infra*, n° 213 sqq.

183. Précisons l'analogie que nous voyons entre la prime et le droit de préférence. Quelle est la fonction du droit de préférence ?

Dans l'hypothèse où il joue normalement, c'est-à-dire, en cas d'augmentation du capital (1), le droit de préférence tend à maintenir, au profit des anciens actionnaires, à qui ils appartiennent actuellement, les avantages d'ordre pécuniaire qui vont s'attacher désormais à la propriété des actions nouvelles.

Les bénéficiaires du droit de préférence peuvent exercer directement le droit qui leur est imparti, en se portant eux-mêmes souscripteurs des nouveaux titres.

Ils peuvent également le céder (2). Ce droit est, en effet, une valeur patrimoniale (3), susceptible d'être détachée de la propriété de l'action ancienne dont elle est un attribut (4) et d'être aliénée.

184. Le prix de l'aliénation, payé par le cessionnaire, dédommage alors l'aliénateur des conséquences du fait qu'une part de l'actif social, sur laquelle il avait des droits, avant l'augmentation du capital, est appréhendée en son lieu et place, par ce cessionnaire.

(1) Les fondateurs peuvent aussi se réserver, soit en fait, soit par une disposition introduite dans les statuts, un droit de préférence à la souscription des actions du capital social originaire.

(2) Sauf le droit, que la société jugerait à propos de se réserver, de réglementer cette cession et notamment d'agréer les cessionnaires, en vue d'éviter l'intrusion dans l'entreprise d'éléments jugés indésirables.

(3) P. Pic, *Rev. des Soc.*, 1923, p. 261.

(4) Baratin, *Rev. des Soc.*, 1921, p. 64.

Mais la prime n'est-elle pas de même une somme payée par les nouveaux actionnaires pour indemniser les anciens du préjudice que leur fait subir le concours de nouveaux partageants sur l'actif social ?

Ainsi la prime n'est pas autre chose qu'un droit de préférence immédiatement évalué et cédé argent comptant.

185. D'autre part, l'analogie entre la prime et le droit de préférence se manifeste même extérieurement, quand la société se charge elle-même de la vente des droits de souscription par priorité, pour le compte des anciens actionnaires.

Le souscripteur acquitte alors simultanément, et souvent au même guichet, peut-on dire, le prix d'un droit de souscription et le montant de la quotité immédiatement exigible de la valeur nominale du titre souscrit.

Son attitude et ses agissements ne diffèrent en rien de ceux du souscripteur, tenu de verser une prime pour être admis à effectuer immédiatement, et au même guichet, l'apport de la première fraction libérable du nominal.

Dans les deux cas, la somme globale à verser par le souscripteur sera la même, du moins en principe. Le prix de cession d'un droit de souscription par priorité correspond, en effet, nous venons de le voir, au préjudice que fait éprouver l'augmentation de capital au cédant qui s'abstient de souscrire (1). Or, le taux de la prime est précisément fixé en considération de ce même préjudice.

186. Enfin, il est incontestable que le prix de vente des

(1) Dans ce sens : Baratin, *Rev. des Soc.*, 1921, p. 66.

droits de préférence, tout comme le montant des primes, appartient aux anciens actionnaires (1). Lorsque la société, s'étant chargée elle-même de la négociation de ces droits, en a encaissé le montant, elle en doit compte aux anciens actionnaires ; elle leur doit compte de même du montant des primes qu'elle a perçues.

Le versement d'une prime n'est autre chose qu'une modalité de l'acquisition d'un droit de souscription, propriété des anciens actionnaires (2).

Ce disant, nous rejoignons la pensée de M. Thaller, qu'il exprimait en 1881 : « *La prime acquise aux premiers*

(1) Mais si le prix de vente du droit de préférence appartient à l'actionnaire, il en résulte qu'il ne peut-être conçu comme une « fraction supplémentaire du prix du titre », quelles que soient les apparences, quand, perçu par l'intermédiaire de la société, il est versé à ses guichets, en même temps que le montant exigible de la souscription.

Comme l'a très justement fait observer M. Dacher, *op. cit.*, p. 14, note 1, cette conception rendrait très douteuse la validité de la rétrocession, au vendeur du droit de préférence, du prix de ce droit perçu par la société, en sus du taux d'émission. « En effet, quel droit aurait le bénéficiaire à recevoir ainsi une somme versée à la Société à titre de capital ? »

Nous disons que c'est également s'en tenir aux apparences et se laisser tromper par elles que d'assimiler la prime à l'apport constitué par le versement du nominal.

(2) Le code de commerce allemand (art. 282) reconnaît à chaque actionnaire le droit de se faire attribuer un nombre d'actions nouvelles proportionnel à sa part dans le capital social ancien, à moins, toutefois, qu'il en soit décidé autrement dans les statuts.

En l'absence de toute prescription positive de ce genre dans la loi française, on rencontre le plus souvent, dans la pratique, des dispositions statutaires qui tendent à y suppléer.

« actionnaires par l'entremise de la société, qui la leur
« rembourse, représente le prix de leur renonciation au
« droit de souscrire » (1).

187. Nous nous résumons. Le droit de souscrire à une émission d'actions nouvelles, faite en vue d'une augmentation de capital, comme d'ailleurs celui de décider cette augmentation, appartient normalement aux actionnaires, dans une proportion fixée, pour chacun d'eux, par le nombre de titres qu'ils possèdent. Ce droit est susceptible d'être cédé. La cession peut se faire selon deux modes différents. Elle peut se présenter sous l'apparence d'une vente du droit de préférence attaché à la possession des titres anciens, ou revêtir la forme d'une convention ayant pour objet le versement d'une prime.

188. En définitive, nous proposons la formule suivante, pour définir la prime, aussi bien dans le cas où elle est imposée, par les fondateurs, aux souscripteurs du capital social originaire, que dans le cas où elle est imposée, par les anciens actionnaires, aux souscripteurs d'une augmentation de capital :

La prime est un versement qui, en vue de l'exercice du droit de souscription, est imposé par ceux qui disposent de ce droit, en représentation de sa valeur, et comme une charge de son exercice.

Pour le dire en un mot, *la prime est une charge du droit de souscrire.*

C'est, au fond, la définition proposée par M. Wahl, que

(1) *Revue critique de législ.*, 1881, 532.

nous avons rappelée précédemment (1). Elle nous paraît devoir être adoptée.

189. La différence de forme qui sépare la vente du droit de préférence, au souscripteur, de la mise à sa charge du paiement d'une prime ne met point obstacle au jeu des conséquences qu'entraîne la similitude foncière des deux institutions.

C'est ainsi que les anciens actionnaires ont également renoncé à leur droit de souscrire par préférence, au pair de l'émission, soit qu'ils aient vendu leur droit, soit qu'ils y aient renoncé par avance au profit de tout souscripteur versant une prime.

Il suit de là que les sociétés ne peuvent pas *rationnellement* exiger des souscripteurs d'une augmentation de capital qu'ils exhibent un droit de souscription et leur imposer de plus le versement d'une prime (2).

Ce versement est alors sans objet, puisque le droit de souscrire qu'il devrait procurer à celui qui l'effectue appartient déjà à ce dernier.

190. Nous n'ignorons pas cependant que le cumul que nous critiquons, dont la pratique offre des exemples, tend à remédier au fait que le prix de vente du droit de préférence, payé aux anciens actionnaires, ou la prime versée pour les indemniser de leur renonciation à ce droit, ne peuvent pas toujours, en fait, s'ils sont employés iso-

(1) V. *supra*, n° 180, *in fine*.

(2) Dans le même sens : Marcel Cavelier, *op. cit.*, p. 671.

lément, atteindre, dans les entreprises très prospères, leur vraie valeur, celle-ci étant fonction de l'importance des réserves.

Nous pensons que, d'autre part, il est même souhaitable, en pratique, que les sociétés exigent une prime des souscripteurs, cependant munis d'un droit de préférence. Cela, à raison de ce que ce droit de préférence est souvent arbitrairement reconnu, par les statuts ou par l'assemblée générale extraordinaire qui décide l'émission, à une catégorie d'actionnaires et refusé à d'autres qui, paraissant dans la nature des choses avoir la jouissance du même droit, devraient en avoir pareillement l'exercice (1).

Il arrive qu'ainsi distribué, le droit de préférence à la souscription au pair des nouvelles actions porte préjudice aux actionnaires exclus (2).

Or, pour que disparaisse ce préjudice, il suffit que les

(1) C'est ainsi que le droit de préférence, au lieu d'être reconnu par les statuts à tous les actionnaires indistinctement, est quelquefois réservé tantôt aux actionnaires privilégiés à l'exclusion des actionnaires ordinaires, tantôt aux actionnaires de capital, à l'exclusion des actionnaires de jouissance (qui ont pourtant le même droit que les actionnaires ordinaires au partage des réserves). Par contre, il arrive aussi que le droit de préférence est étendu aux porteurs de parts bénéficiaires. Cette dernière attribution est difficile à justifier autrement que par des raisons de fait, car l'augmentation du nombre des actions ne peut causer aucun préjudice aux porteurs de parts, puisque les nouvelles actions ne viennent pas normalement concourir sur la partie des bénéfices annuels et de liquidation attribuée aux parts.

(2) Voyez, à ce sujet : Ferdinand Gilson (avocat à la Cour d'appel de Bruxelles). De l'usage du droit de préférence..., *op. cit.*

attributaires du droit de préférence, exclusivement admis à souscrire, en totalité ou en partie, à l'émission nouvelle, versent, au fonds social, une prime destinée à rétablir, dans la part de chaque ayant droit aux réserves, l'équilibre rompu par l'exercice de ce droit de préférence.

191. Cependant, les nécessités de fait qui nous conduisent aux solutions pratiques que nous indiquons, n'infirmement en rien notre thèse. La prime n'est au fond que l'équivalent du droit de souscrire.

Or, ce droit appartient à l'actionnaire ancien et non à la société. Il doit en être de même de la prime. Nous retrouvons ici deux conclusions que nous avons posées précédemment.

1) la prime doit être réservée aux anciens actionnaires (1) ;

2) l'apport appartenant essentiellement à l'être moral, la prime n'est pas un apport.

Nous ajoutons qu'en principe on ne saurait admettre une émission au-dessus du pair dans le cas où la société, consacrant leur droit, réserve à tous les actionnaires anciens indistinctement, la faculté de souscrire par préférence à l'émission nouvelle.

Comment en effet peut-on concevoir que les souscripteurs aient à verser une prime à titre d'indemnité, pour équivaloir au droit qu'ils acquerraient sur les réserves constituées, puisque ce droit leur appartient déjà ?

D'autre part, s'ils ne veulent ou ne peuvent souscrire

(1) Cf. *supra*, n° 125, *in fine* et n° 186.

eux-mêmes, le prix de vente de leur droit de souscription apparaît comme destiné à les indemniser exactement des conséquences de leur abstention (1).

192. L'analogie entre la prime, perçue des souscripteurs d'actions, et le prix de cession du droit de préférence nous fournit la solution de cette question : à qui appartient le montant de la prime distribuée aux anciens actionnaires, dans le cas où la propriété des anciennes actions se partage entre un nu propriétaire et un usufruitier ?

A notre connaissance, la question n'a jamais été soumise à l'appréciation des tribunaux.

La Cour de cassation a cependant décidé (2) que le droit, ou la faculté conditionnelle de souscrire aux émissions nouvelles, n'était pas un produit de la propriété des actions anciennes.

D'autre part, M. Wahl a donné quelque précision sur les caractéristiques positives du droit de souscription.

« En droit, écrit-il, l'exercice du droit de souscription
« est un *accroissement* (3). A l'action s'ajoute une chose
« nouvelle, qui, si elle n'est pas un produit de l'action,
« en est cependant une dépendance, puisqu'elle n'aurait
« pas existé sans elle. Or, suivant l'article 551, du Code
« civil, « tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose

(1) Dans le même sens, voy. C. Joly. *Quelques observations...*, op. cit., et les auteurs qu'il cite.

(2) Req., 12 juill. 1880. *Journ. des Soc.*, 1882, 445. S. 82-1-161, D. P. 82-1-36.

(3) La formule de la Cour de cassation (12 juillet 1880, précité)

« appartient au propriétaire ». Au propriétaire, c'est-à-dire à celui qui a la pleine propriété. Si la chose est grevée d'un usufruit, l'objet qui s'y unit et incorpore est également grevé de cet usufruit... Quand il y a un usufruit, le propriétaire est représenté par l'usufruitier quant à l'usufruit et par le nu propriétaire quant à la nue propriété » (1).

La thèse de M. Wahl a été adoptée par un jugement du tribunal civil de Valenciennes, du 18 novembre 1925 (2). Nous lisons au sommaire du jugement :

« Le droit de souscription attaché à l'action n'est pas un produit du titre ; il en forme l'accroissement et appartient au propriétaire de l'action par application de l'art. 551 du code civil. Si l'action est grevée d'un usufruit, le droit de souscription qui s'y incorpore est également grevé de cet usufruit ».

193. Ces solutions s'appliquent aux valeurs qui, telles le prix de vente proprement dit du droit de souscrire ou la prime, distribuée aux anciens actionnaires pour les indemniser de leur renonciation à ce droit, sont les équivalents du droit de souscription.

paraît contredire l'affirmation de M. Wahl. Nous pensons que la contradiction est plus apparente que réelle.

La Cour vise moins à nier que le droit de souscrire aux émissions nouvelles est une chose s'unissant à la propriété des actions anciennes à titre d'accession ou d'accroissement, qu'à contester un certain mode de réalisation de l'accession. Voyez d'ailleurs un commentaire de la décision dont il s'agit au *Journ. des Soc.*, 1925, p. 142, n° 19.

(1) Albert Wahl, *Journ. des Soc.*, 1925, p. 141-142.

(2) *Journ. des Soc.*, 1926, 352.

Nous concluons que si le montant d'une prime versée par les souscripteurs des actions nouvellement émises est réparti entre les anciens actionnaires, le nu propriétaire des titres anciens à droit à la nue propriété de l'émolument qui revient dans la distribution aux titres dont il a la nue propriété, tandis que les revenus de cet émolument appartiennent à l'usufruitier.

D'autre part, lorsqu'elle distribue les primes, c'est à l'usufruitier, administrateur des fonds grevés de l'usufruit, que la société doit remettre la fraction de ces primes afférente aux titres frappés de l'usufruit.

CHAPITRE III

ANALYSE DE LA CONVENTION RELATIVE A LA PRIME

194. Nos recherches sur la nature de la prime nous ont amenés à constater qu'elle n'est ni un bénéfice pour la société ni un apport fait à la société, en supplément de l'apport du nominal des titres qu'elle concerne.

Nous avons ensuite relevé la parenté étroite qui existe entre la prime et le droit de souscrire par préférence. Nous avons enfin conclu que, de même que ce droit peut se résoudre en un prix de cession encaissé par les actionnaires anciens, la prime est un actif perçu par la société, pour le compte de ces mêmes actionnaires.

Nous devons uniquement ces résultats à l'observation de la prime envisagée isolément, c'est-à-dire abstraction faite de la convention dont elle est l'objet.

Nous avons dessein de tenter maintenant une étude de cette convention elle-même.

I. — LA CONVENTION RELATIVE A LA PRIME EST EXTÉRIEURE AU CONTRAT DE SOCIÉTÉ.

195. Nous avons déjà remarqué que les clauses relatives à la prime, n'étant ni de l'essence, ni de la nature de la société, ne s'intègrent pas dans le contrat de société.

Elles sont extérieures au contrat principal de société.

Nous invoquerons ici à l'appui de ces propositions le témoignage de Pothier.

Nous lisons, au titre du Contrat de Société (1) :

« L'auteur des Conférences,..... condamne
« aussi une autre convention par laquelle l'un des asso-
« ciés, sans se faire assurer son apport à la société, et en
« demeurant sujet à la perte pour sa part, en cas de
« mauvaise réussite de la société, vendrait sa part dans
« l'espérance du gain, pour une certaine somme. Je ne
« vois rien de condamnable dans cette convention. L'es-
« pérance du gain d'une société est quelque chose d'appré-
« ciable, comme l'est un coup de filet ; et je puis la
« vendre par conséquent, soit à mon associé, soit à un
« tiers, de même qu'on peut vendre un coup de filet.
« Les raisons de l'auteur des Conférences sont que, selon
« lui, *le contrat de vente*, que je fais à mon associé, du
« gain incertain que j'espère avoir de la société, *est con-*
« *traire à l'égalité qui se doit trouver dans les sociétés.*
« Il aurait dû dire, *dans les contrats* ; car il ne s'agit
« pas ici d'un contrat de société. Le contrat, dont il est
« question, quoiqu'il intervienne entre des associés, n'est
« pas le contrat de société ; c'est un contrat de vente
« que je fais à mon associé, comme je pourrais le faire
« à tout autre, de ma part dans l'espérance du gain de la
« société. Au reste, je conviens que l'égalité doit se trou-
« ver dans ce contrat : mais elle s'y trouve ; car la part
« que j'ai dans l'espérance incertaine du gain de la

(1) Pothier, *Œuvres*, op. cit., *Du Contrat de Soc.*, ch. I, n^{os} 26 sqq.

« société, étant quelque chose d'appréciable, il suffit.
« pour que l'égalité se trouve dans ce contrat, que ce
« qu'on me donne par ce contrat, pour le prix de l'es-
« pérance que je vends, soit le juste prix de cette espé-
« rance.

« L'auteur des Conférences ajoute : *Ce contrat de*
« *vente assure un profit certain à un associé : or, entre*
« *associés il ne doit y avoir aucun profit certain ; tout y*
« *doit être incertain, tant le capital que les profits.* Si
« l'auteur entend par là que la part de l'espérance incer-
« taine des profits ne puisse être appréciée et cédée pour
« le prix d'une somme certaine, c'est supposer précisé-
« ment ce qui est en question ; ce qui est une pétition de
« principe, et un mauvais raisonnement ».

Ainsi, Pothier donne formellement la même solution, qu'il s'agisse pour un associé de passer son droit aux bénéfices à un autre associé déjà dans l'affaire ou à une tierce personne.

La convention qui intervient est étrangère à la société.

II. — CAS OU LA PRIME EST SOUSTRAITÉ AUX RISQUES SOCIAUX POUR ÊTRE DISTRIBUÉE AUX ANCIENS ACTIONNAIRES.

196. Soient deux associés ayant apporté chacun mille francs à l'origine de la société. Ils ont fait, depuis lors, des bénéfices qu'ils ne se sont pas partagés complètement. Ils en ont laissé une partie dans l'affaire et cette partie demeure exposée à tous les risques de la société, comme il arrive pour les réserves dans les sociétés par actions.

Il est question d'admettre dans cette affaire une troisième personne qui fera, elle aussi, apport de mille

francs et aura droit aux bénéfices comme les deux premiers associés.

Ceux-ci observent que dans la masse actuelle de l'actif ils ont chacun une part dans l'espérance du gain qui est de $\frac{1}{2}$ ou $\frac{3}{6}$. Si on liquidait, ils réaliseraient chacun $\frac{1}{2}$ ou $\frac{3}{6}$ des gains.

197. Au lieu de liquider, on convient de continuer à laisser l'actif actuel exposé aux risques, de reporter à une date plus reculée l'époque où se fixera l'espérance du gain et, en attendant, d'admettre un nouvel associé à mise et part égales.

Par le fait de cette prorogation de réalisation des gains et de cette admission nouvelle, la part dans l'espérance de gain sur l'actif actuel ne sera plus que $\frac{1}{3}$ ou $\frac{2}{6}$ pour chacun des premiers associés. Ils ne conservent qu'une espérance amoindrie. Ils perdent chacun le droit au $\frac{1}{6}$ de l'espérance totale du gain, une vocation au $\frac{1}{6}$ des bénéfices. Leur risque à chacun n'a pas diminué, si l'on suppose qu'ils sont des associés actionnaires.

La pensée leur vient d'évaluer ce que vaut actuellement cette espérance du $\frac{1}{6}$ dans le gain, $\frac{1}{6}$ qu'ils vont perdre par l'admission du nouvel associé. Ayant fait cette évaluation, tout bien pesé et, notamment, compte tenu des probabilités de gains plus grands par suite de l'augmentation des moyens de la société, ils décident que le nouvel associé leur versera le montant de cette évaluation et que chacun d'eux encaissera ce montant (1).

(1) En pratique, ils décideront, s'ils sont nombreux, que le versement sera fait à la société, pour être remis par elle à chacun d'eux,

198. Nous sommes dans l'hypothèse de Pothier, avec cette seule variante que Pothier supposait un associé vendant dans son intégralité sa part dans les bénéfices à venir, dans l'espérance du gain de la société. Nous avons supposé au contraire la vente par un associé d'une partie aliquote de sa vocation aux bénéfices déjà faits, d'une quote-part du gain qu'il a l'espérance de tirer des bénéfices déjà faits et réservés, mais qui restent soumis à tous les aléas sociaux.

Cette variante ne porte pas à conséquence et nous concluons avec Pothier que *la convention qui intervient n'est pas une société*.

Par conséquent, et pour nous en tenir ici à une déduction négative, la somme versée par le nouvel associé, aux deux premiers, n'est pas un apport. Le nouvel associé aura d'ailleurs, pour devenir associé, à réaliser la mise de mille francs convenue, en la versant à la société.

Celle-ci arrivant à son expiration, ou ayant décidé la distribution des bénéfices existants à un moment donné, avant cette expiration, le nouvel associé viendra à partage, au même titre que les deux associés de la première heure. Il ne sera pas fondé à retirer d'abord le montant de l'évaluation qu'il aura versée à chacun de ses co-associés, comme il le ferait d'un apport.

Pothier décide que la convention envisagée par l'associé constitue un « *contrat de vente* », faite à un associé, comme elle pourrait être faite à toute autre personne, d'une part dans l'espérance du gain social.

Or, quand, à l'occasion d'une augmentation de capital, il intervient, entre la société et le souscripteur des titres

nouveaux, une convention, à l'effet d'imposer à ce dernier le versement d'une prime qui sera distribuée aux anciens actionnaires, cette convention n'est autre que celle qu'envisage Pothier, dans le texte cité.

Ainsi, dans le cas où la prime, soustraite aux risques sociaux, est destinée à être distribuée aux anciens actionnaires, il intervient, entre les anciens associés qui se sont fait représenter par la société, et les souscripteurs, un *contrat de vente*. Les premiers vendent aux seconds une part dans l'espérance de leur gain, moyennant un prix représenté par la prime (1).

(1) Au point de vue mathématique, le souscripteur, dans l'hypothèse que nous faisons au texte, est un joueur qui verse la prime à titre de mise, pour être admis à courir, à travers les aléas sociaux, la chance de réaliser une part des bénéfices de l'entreprise.

Dans l'ordre des concepts, la prime n'est pas autre chose qu'une *espérance mathématique*, c'est-à-dire, en empruntant la définition de M. J. Bertrand : « la valeur équitable des avantages encore incertains que font espérer les conditions du jeu » (J. Bertrand, *op. cit.*, p. 47, n° 36).

L'espérance mathématique est égale au produit de la somme espérée S par la probabilité p qu'on a de l'obtenir. — Il faut cependant renoncer à tenter d'utiliser ces données pour établir une formule acceptable du taux de la prime, car il est impossible de soumettre au calcul la probabilité de gain dont il s'agit dans notre hypothèse. En effet, outre la difficulté de réunir un nombre assez grand d'observations, cette probabilité de gain n'est pas la même pour toutes les sociétés, exerçant, à une même époque, dans un même pays, avec les mêmes moyens, la même entreprise, car l'habileté et la sagesse des dirigeants n'est pas la même pour toutes les sociétés considérées.

En dépit des analogies certaines que présente la question de la détermination du taux de la prime, comme nous la considérons au texte, avec les problèmes que résoud le calcul des probabilités, celui-ci

III. — CAS OU LA PRIME EST INTÉGRÉE DANS LE PATRIMOINE SOCIAL POUR APPARTENIR A TOUS LES ACTIONNAIRES.

200. A l'ordinaire, nous l'avons vu, la prime n'est pas distribuée directement aux anciens actionnaires. Elle reste soumise aux aléas sociaux, versée, en fait, soit à un fonds de réserve, propriété de l'être moral, soit à un fonds de réserve, soustrait à l'appréhension des associés et intéressés non actionnaires. Il en est toujours ainsi en cas de prime perçue à la fondation de la société, pour la raison qu'il n'y a pas d'anciens actionnaires à qui elle puisse être distribuée, et très souvent aussi en cas d'augmentation de capital.

201. Alors, les deux associés primitifs de notre hypothèse ne déterminent plus la valeur actuelle de l'espérance de la part de gain qu'ils vont perdre, par suite de l'admission d'un nouveau copartageant dans leur société, part égale, dans notre hypothèse, à $1/6$.

Ils évaluent la somme dont il convient d'accroître dès à présent la masse des gains actuels, pour que leur part aliquote future (soit $2/6$) dans cette masse accrue et qui continue à rester exposée aux risques de l'entreprise, leur

ne peut pas nous fournir la solution cherchée, au moins à raison du jeu des initiatives humaines, cause perturbatrice du hasard.

Tout essai d'application des principes du calcul des probabilités à la résolution du problème qui nous occupe, se heurterait à des critiques décisives, analogues à celles qui ont frappé les tentatives célèbres, mais restées vaines, des mathématiciens qui, à la suite de Condorcet, se sont efforcés de résoudre, par le calcul, la probabilité d'erreur dans les décisions judiciaires. (Cf. Bertrand, *op. cit.*, p. 311 sqq.)

donne un émolument égal à celui qu'ils retireraient de leur actuelle part aliquote (soit $3/6$) dans la masse actuelle, si, sans accroissement, cette masse devait leur être offerte en partage après une période plus ou moins déterminée pendant laquelle elle aurait continué à être exposée aux risques sociaux (1).

Ayant fait cette évaluation, ils décident que le nouvel associé versera cette somme à la masse. L'accroissement de la masse à partager éventuellement compense ici l'accroissement du nombre des copartageants.

202. Les premiers associés ne reçoivent rien. Ils ne se détachent de rien puisque la prime qu'ils imposent au nouveau souscripteur a précisément pour but de maintenir leur situation actuelle.

Il n'est donc rien transmis au nouvel associé par les anciens qui n'encaissent rien. Il n'y a donc pas vente, puisqu'il n'y a ni objet vendu ni prix payé.

203. Le nouvel associé décaisse le montant de la prime à fonds perdus. Il fait plus que soumettre les fonds décaissés aux risques de l'entreprise. Si, en effet, ces fonds n'étaient que soumis aux aléas sociaux, ils ne seraient perdus que si, en cas de mauvaises affaires, ces fonds disparaissaient avec la masse qu'ils viennent accroître. Par contre, en cas d'affaires prospères, le nouvel

(1) Dans ce cas, comme dans le précédent, la pratique détermine le montant de la prime d'une façon quasi arbitraire, s'inspirant notamment de la valeur des réserves et du taux auquel les actions se négocient en Bourse.

associé retirerait d'abord ces fonds et viendrait à partage sur le reste.

Mais ce prélèvement est directement contraire au but poursuivi par les associés, il n'aura donc pas lieu.

En versant le montant de la prime, le nouvel associé est sûr de ne plus le reprendre quoiqu'il arrive. Il en a abandonné les $\frac{2}{3}$ aux anciens associés. Il n'en retirera plus que le $\frac{1}{3}$ si les risques sociaux le permettent. Mais alors, quand le nouvel associé touchera, les anciens qui n'avaient pas fait de décaissement toucheront autant. Le nouvel associé touchera comme eux et au même titre ; étant leur égal, il doit et ne peut toucher que comme eux. Autrement dit, son titre est non dans le décaissement de la prime mais dans la qualité d'associé qu'il tient du versement du nominal.

En résumé, on ne peut dire du versement de la prime qu'il est simplement exposé aux risques et aléas sociaux ; il est d'ores et déjà, et en toute hypothèse, perdu pour le troisième associé qui l'a décaissé, au moins à concurrence des $\frac{2}{3}$. Tel n'est pas le sort d'un apport en société.

204. Les anciens associés, nous l'avons dit, n'ont rien transmis au nouvel associé sur la masse actuelle des bénéfices : ce sera l'effet du versement du nominal de créer chez le nouvel associé une vocation aux bénéfices actuels et futurs. Les associés anciens se défendent de faire eux-mêmes cette transmission, puisque c'est précisément en raison des effets de la vocation aux bénéfices qu'appellent le versement du nominal et la qualité d'associé conférée par ce versement, qu'ils ont songé à imposer la prime.

Ce n'est pas l'intérêt du nouvel associé que les parties ont eu en vue en obligeant celui-ci au versement de la prime. C'est cet intérêt que les parties voulaient au contraire faire disparaître et, pour y arriver, elles convenaient d'un décaissement préalable devant annihiler la perte des deux premiers associés et, partant, le gain du troisième.

S'il doit finalement naître un intérêt commun aux trois associés, c'est parce que le troisième, après son décaissement a fait un versement d'apport de mille francs et se trouve intéressé aux chances auxquelles les bénéfices restent soumis dans l'avenir.

205. Si donc la convention relative au versement de la prime ne poursuit pas l'intérêt commun (visé par l'article 1833, al. 1 du Code civil), si elle ne s'étaie pas sur des risques spéciaux à affronter et ne donne pas une vocation au partage des bénéfices qu'elle isole en vue de les envisager spécialement, comment voir dans cette convention une société ?

206. Interprétons-nous la relation évidente qui existe entre le versement de la prime, dans l'hypothèse que nous considérons, et le contrat de société, comme une *condition*, au sens strict du mot ; en sorte que la conclusion du contrat de société serait subordonnée à la condition suspensive du versement de la prime ? Cette solution n'est pas admissible. Qu'est-ce en effet qu'une condition ? Un événement futur et incertain duquel dépend l'existence même de la convention qu'il affecte. Or, normalement, il y a simultanéité entre le versement de la prime et l'acte

par lequel l'accord des volontés, d'où naît le contrat de société, se trouve réalisé. Cet acte est celui qui avertit la société pollicitante du consentement du souscripteur, c'est la signature du bulletin de souscription accompagné du versement de la fraction exigible du nominal.

Cependant, nous observons que la convention relative à la prime ne peut pas exister seule. Elle se rattache nécessairement à un contrat de société : elle dépend donc du contrat de société.

207. Renversant les termes de notre proposition, dirons-nous alors que le contrat de société joue le rôle d'une condition par rapport à la convention relative au versement de la prime ? A ne considérer que l'extérieur des choses, il en pourrait être ainsi. Au moment où j'accepte de verser la prime, en effet, et encore au moment où je la verse effectivement, il n'est pas d'ores et déjà certain que les formalités nécessaires à la fondation de la société, ou à l'augmentation de son capital, s'accompliront dans des conditions de régularité telles, que la souscription que je suis sur le point d'effectuer, ou que déjà même j'effectue, me conférera la qualité d'associé. Par conséquent, à s'en tenir à cette seule manière de considérer les choses, la passation du contrat de société pourrait être, à l'égard de la validité de l'obligation du débiteur de la prime, l'événement futur et incertain qui constitue la condition.

208. Cependant, la conclusion du contrat de société est, par rapport à la convention de versement de la prime, autre chose et plus qu'une condition.

C'est autre chose qu'une condition, car pour être une condition, il faut que l'événement futur et incertain envisagé ne soit pas en même temps « un des éléments essentiels de l'existence du contrat, il faut que ce soit un fait extrinsèque, extérieur au contrat, si l'on peut dire, et que par un lien artificiel, on a rattaché à la convention » (1).

Or, être admis à devenir associé est précisément le *but visé* par celui qui s'oblige à verser la prime. Autrement dit, le droit de conclure le contrat de société n'est autre chose que la « *causa civilis* » de l'obligation du débiteur de la prime, contractée par l'associé éventuel.

C'est donc un élément essentiel à la formation de cette obligation, ce n'en est pas la condition.

209. Il résulte de là, en particulier, que les obligations créées à la charge des parties, respectivement par la convention de prime et par le contrat de société, ne naissent pas *nécessairement* simultanées.

Sans doute, dans la pratique, les anciens actionnaires agissant par l'organe du Conseil d'administration, *offrent* au souscripteur à la fois le droit d'entrer dans la société, moyennant le versement de la prime, et l'acquisition effective de la qualité d'associé, moyennant le versement de l'apport. De son côté, le souscripteur *adhère* en même temps à la double offre qui lui est faite et manifeste son acceptation dans un même instrumentum : le bulletin de souscription.

C'est encore en même temps qu'habituellement il effec-

(1) Demogue. Des droits éventuels. *Rev. trim. de dr. civil*, 1905, p. 725 et les autorités citées.

tue les deux prestations, objets des deux obligations qu'il a contractées, puisque le versement de la prime et celui du quart du nominal immédiatement exigible se font habituellement en même temps et au même guichet.

Mais on pourrait fort bien concevoir que, par le moyen de la première convention synallagmatique l'obligeant au versement de la prime, le futur souscripteur acquière d'ores et déjà le droit de devenir ultérieurement associé — pratiquement de souscrire plus tard, aux actions nouvelles, quand elles seront émises —.

210. Nous attribuons comme « cause » à l'obligation du débiteur de la prime, non pas, remarquons-le, le contrat de société lui-même, mais le *droit de contracter* effectivement société.

Si donc, dans notre thèse comme dans la réalité, le contrat de prime et le contrat de société apparaissent liés intimement l'un à l'autre, ils ne s'enchevêtrent pas cependant, mais restent parfaitement extérieurs l'un à l'autre.

211. Nous avons à justifier l'emploi du mot « *contrat* » que nous appliquons à la définition des rapports existants entre la société offrant le droit de souscrire moyennant le versement de la prime et la personne acceptant cette offre.

Nous nous trouvons en présence d'une convention par laquelle deux personnes s'obligent réciproquement, l'une à donner quelque chose : la prime ; l'autre à faire quelque chose : permettre de contracter société.

Une telle convention constitue un contrat synallagmatique (art. 1101 et 1102 du Code civil), si par ailleurs elle réunit les conditions de validité énumérées dans l'article 1108 du Code civil.

Du consentement et de la capacité de conclure des parties qui s'obligent nous ne dirons rien, ces éléments n'étant pas spéciaux à la convention qui nous occupe.

L'obligation de chacune des parties a un *objet* certain. Le *quid debetur* est, suivant le côté où l'on se place pour l'envisager, soit le montant de la prime, soit le droit de souscrire.

Quant à la *cause* de l'obligation contractée par chaque partie, autrement dit au *résultat poursuivi* par chaque contractant, c'est, pour la société, encaisser la prime, c'est, pour le débiteur de celle-ci, être admis à souscrire afin de devenir associé. Il ne nous paraît pas qu'on puisse douter du caractère licite de ces causes.

Dès lors, la convention synallagmatique relative à la prime réalise un véritable contrat.

212. Ce contrat, dans l'hypothèse où la prime intégrée dans le patrimoine social, demeure soumise aux aléas sociaux, nous paraît se résoudre en un contrat innommé de la forme *do ut facias*. Je m'oblige, en effet, à verser la prime pour que la société me permette de souscrire au nominal des actions émises, en vue de devenir associé.

Cependant, une différence formelle, relative à la naissance du lien obligatoire semble, à première vue du moins, distinguer la convention de prime du contrat *do ut facias*. Celui-ci, en effet, se formant, en droit romain,

comme un contrat réel, ne devenait obligatoire qu'après que la partie à qui incombait la datio avait effectué la prestation qui la concernait. tandis que le seul consentement des parties suffit incontestablement à rendre obligatoire le contrat relatif à la prime.

Néanmoins, cette différence est pratiquement sans effet, puisque, en vertu des principes du Code civil, l'obligation consentie de numérer les deniers de la prime fait naître le contrat aussi bien que le faisait naître en droit romain la numération effective de ces deniers.

213. Si la prime relève d'un contrat *do ut facias* le défaut de son versement tombe non pas sous le coup de l'article 1846 du Code civil, spécial au défaut du versement de l'apport en société, mais sous le coup de l'article 1153, texte général qui vise le retard dans l'exécution des obligations qui ont pour objet le paiement d'une somme d'argent.

214. Les éléments proprement spécifiques : objet et cause, de la convention synallagmatique relative à la prime ou, disons mieux, des obligations qui dérivent de cette convention, étant ceux que nous avons rappelés, il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu d'établir une distinction entre le contrat en vertu duquel la prime est versée à la fondation de la société et celui en vertu duquel elle est versée lors d'une augmentation de capital.

La différence entre ces deux cas est introduite par la question des réserves qui font défaut dans le premier cas. tandis qu'elles existent dans le second.

Mais cette différence ne peut influencer que sur le *motif*

qui peut déterminer le souscripteur à s'obliger à verser la prime ou sur l'*affectation* à donner aux deniers provenant de ce versement.

215. Ce n'est qu'au cas d'une augmentation de capital que les nouveaux actionnaires peuvent avoir été amenés à vouloir acquérir et exercer le droit de souscrire par la considération de l'importance des réserves dans lesquelles ils voient une garantie de la solidité de l'entreprise et une possibilité de plus-value pour les titres offerts.

C'est exclusivement encore en cas d'augmentation de capital que la prime, jouant le rôle d'équivalent des réserves accumulées, peut être soit agrégée à ces réserves, pour prévenir un enrichissement injustifié des nouveaux associés et un dommage pour les anciens, soit distribuée, à titre d'indemnité, aux anciens actionnaires.

Mais ce motif et cette affectation demeurent des éléments extérieurs à la réalité juridique que constitue la convention et par conséquent sont sans influence sur la nature intrinsèque de celle-ci (1).

Versée par les souscripteurs des actions représentatives du capital originaire ou par les souscripteurs des actions représentatives d'une augmentation de capital, la prime est pareillement l'objet de l'engagement du souscripteur à raison du *même* rapport synallagmatique l'obligeant

(1) Sur la distinction de la cause et du motif et sur le fait que le motif, n'étant pas un élément juridique de l'obligation mais un simple facteur psychologique, ne fait pas partie de l'accord de volonté mais reste en dehors du champ contractuel, voyez H. Capitain, *op. cit.*, passim et notamm. n^{os} 4 sqq.

envers la société, en vue d'obtenir le droit de souscrire aux titres à émettre.

216. On sait, d'autre part, que l'erreur sur le motif n'entraîne pas la nullité de l'obligation contractée sous son empire.

Or, les considérations relatives à l'existence ou à l'importance des réserves étant seulement susceptibles d'inspirer le motif en vertu duquel le débiteur de la prime peut être déterminé à s'obliger, sans atteindre la cause elle-même de son obligation, nous concluons que l'erreur commise par le souscripteur sur la nature ou l'importance des réserves ne touche pas à la validité de son engagement et, par conséquent, ne permet pas d'en invoquer la nullité (1).

Il n'en pourrait être autrement que si les parties s'étaient expressément mises d'accord pour que le débiteur de la prime subordonne son consentement à tel ou tel fait touchant les réserves, car alors la volonté des parties a spécialement visé et envisagé ce fait pour l'inclure dans le champ contractuel, l'élevant ainsi au rang des éléments constitutifs essentiels de leur convention. Il y a là une question de fait à résoudre, dans chaque espèce (2).

(1) Dans le même ordre d'idées, il a été jugé que l'erreur dans laquelle était le souscripteur, relativement au chiffre non pas des réserves, mais des *bénéfices*, était sans influence sur la validité de l'obligation qu'il avait contractée de verser la prime.

V. jug. précité du trib. de comm. de la Seine du 22 juillet 1893 (*Journ. des Soc.*, 1894, 197).

(2) V. Seine, 3 décembre 1894, *Journ. Soc.*, 1895, 125. Dans l'espèce, la société avait frauduleusement annoncé l'existence de

Nous estimons cependant que la preuve sera souvent difficile à faire que la considération des réserves a été la « raison déterminante (1) » de l'accord des parties. étant donné que le débiteur n'est jamais admis, nous l'avons vu, à discuter avec la société les termes de la convention, et qu'il demeure ainsi étranger à l'élaboration de la loi du contrat (2).

217. Envisagée sous l'une ou l'autre de ces deux formes, contrat de vente ou contrat innommé *do ut facias*, la convention de prime ne se suffit pas à elle-même. Elle

réserve et déclare que la prime, exigée des souscripteurs à l'émission nouvelle, était applicable à ces réserves. Le tribunal a jugé que, les réserves n'existant pas en réalité, les nouveaux actionnaires avaient droit au remboursement de la prime.

(1) Capitant, *op. cit.*, p. 24.

(2) Le contrat relatif à la prime nous paraît devoir être rangé au nombre des contrats dits « d'adhésion », ou mieux « par adhésion ». (Voy. la critique de l'expression « contrat d'adhésion » par Georges Dereux. *Rev. trim. de dr. civ.*, 1910, p. 504). Les termes de la convention, en effet, n'ont pas été librement discutés et arrêtés par les deux parties, car il appartient à l'organe social, compétent pour fixer les règles de l'émission, de faire à lui seul la loi de ce contrat.

Quant au souscripteur, il se borne à adhérer aux conditions telles quelles de l'offre d'acquisition du droit de contracter société, moyennant le versement de la prime. Nous remarquons enfin que l'offre émane toujours de la même partie et qu'elle est rarement faite à telles personnes ou sociétés déterminées comme dans un contrat ordinaire, mais le plus souvent à quiconque, réunissant par ailleurs, s'il y a lieu, les conditions exigées (nous faisons allusion aux cas où les actions à émettre sont réservées à certaines catégories de personnes : fondateurs, anciens actionnaires, etc...) consent à verser la prime.

n'est pas le terme de l'activité juridique des contractants. Nous avons vu, en effet, qu'elle n'est que le moyen pour arriver à la conclusion du contrat de société, puisque, disons-nous, l'obligation qu'elle crée, à la charge du débiteur de la prime, a précisément pour but, ou pour cause, l'admission à souscrire, à contracter société.

Nous dirons du contrat relatif à la prime qu'il joue le rôle d'un *avant-contrat*, par rapport au contrat définitif de société.

Précisons toutefois que l'expression « avant-contrat », appliquée au contrat de prime, n'est admissible qu'à la condition qu'on conçoive l'avant-contrat non pas comme une simple étape dans la réalisation d'un seul et même contrat, mais comme un contrat qui, ayant pour but d'amener à la conclusion d'un autre contrat distinct, existe cependant par lui-même, d'une manière parfaite (1).

218. Enfin, au point de vue de la classification générale des contrats, nous plaçons le contrat de prime dans la catégorie des *contrats accessoires* (2).

Rappelons qu'on distingue, sous le nom de *contrats accessoires*, les contrats qui, — tels le contrat pécuniaire

(1) La conception de l'avant-contrat, que nous faisons nôtre, est celle notamment des doctrines allemande et italienne. Elle n'est pas unanimement admise ; entre autres auteurs, M. Demogue la combat.

Cf. Demogue, *op. cit.*, II, n° 530.

(2) Cf. sur les contrats accessoires, R. Demogue : *Rev. trim. de dr. civ.*, 1906, p. 275 sqq (De la nature et des effets du droit événementiel). — Cf aussi les observations de M. Planiol, *op. cit.*, II, n° 959.

de mariage, le cautionnement, la constitution de gage, d'antichrèse, d'hypothèque — ont leur raison d'être dans un autre contrat, le contrat principal.

Or, le contrat de prime ne se conçoit que s'il précède ou accompagne un contrat de société. Il est donc un contrat accessoire, par rapport au contrat principal de société.

Il suit de là, que si le contrat de société, en vue duquel la convention de prime a été passée, ne se réalise pas ou est annulé, la convention de prime disparaît elle-même.

219. Résumons nos conclusions.

La convention synallagmatique de prime, qui se greffe sur un contrat de société, est extérieure à la réalité juridique que constitue celui-ci. Elle n'est pas non plus un autre contrat de société.

Elle prépare l'accession du nouvel associé au contrat de société, en arrêtant contractuellement les règles d'après lesquelles devra être acquittée la charge imposée à cette accession.

Elle se révèle à l'analyse sous deux formes.

Au cas où la prime est soustraite aux aléas sociaux et distribuée aux anciens actionnaires, la convention de prime revêt la forme d'un *contrat de vente*. Au cas où la prime est intégrée dans le patrimoine social et demeure exposée aux risques de l'entreprise, la convention de prime constitue un *contrat innommé, de la forme do ut facias*.

La nature du contrat relatif à la prime ne varie pas

suivant que la prime est exigée à la fondation de la société ou à l'occasion d'une augmentation de capital.

Enfin, soit qu'il réalise un contrat de vente, soit qu'il réalise un contrat *do ut facias*, le contrat de prime constitue un *contrat accessoire*, par rapport au contrat principal de société.

IV. — LE DÉFAUT DE CAUSE DE L'OBLIGATION DU DÉBITEUR DE LA PRIME.

220. Le fait que la cause de l'obligation du débiteur de la prime est l'acquisition de la faculté de souscrire à l'émission projetée comporte certaines conséquences.

A la vérité, les errements de la pratique actuelle où l'acquisition de la faculté de souscrire est suivie immédiatement — *in continenti* — de la souscription elle-même paralysent le jeu de ces conséquences.

Mais faisons l'hypothèse qu'un intervalle de temps sépare le versement de la prime de la souscription proprement dite. Le fait supposé n'est ni impossible ni même invraisemblable.

Supposons que, dans l'intervalle considéré, la société tombe en faillite ou se dissout.

Quel sera le sort de la prime versée ?

221. La réponse dépend évidemment du parti que l'on prend sur la nature de la prime.

Si l'on considère celle-ci comme un apport supplémentaire, ou au moins comme un élément accessoire du contrat de société, il est clair que la personne qui a versé la prime l'a versée en qualité d'associé et ne saurait par

conséquent prétendre la prélever à l'encontre des créanciers sociaux.

Si, au contraire, on admet que la personne qui a versé la prime s'était obligée à faire ce versement *en vue d'obtenir* le droit de souscrire, c'est-à-dire de devenir associé d'une société en voie de formation ou procédant à une augmentation de son capital, les conclusions sont tout autres.

En effet, dans ce cas et dans les conditions de l'hypothèse, la convention relative à la prime tombe faute d'une *cause* qui soutienne l'obligation de la partie débitrice de la prime.

Dès lors, celle-ci sera admise à répéter, comme créancière, les fonds qu'elle a versés à titre de prime. Elle produira, par conséquent, le cas échéant, à la faillite.

222. Il en est ainsi aussi bien dans le cas où, la prime étant distribuée directement aux anciens actionnaires, la convention prend la forme d'une vente du droit de souscrire intervenant entre la société agissant dans l'intérêt de la collectivité des anciens actionnaires et le nouveau souscripteur, que dans le cas où, la prime étant soustraite à l'appréhension des anciens actionnaires et portée à un fonds de réserve où elle court les risques sociaux, la convention constitue un contrat synallagmatique qui ne se confond avec aucune des espèces particulières dénommées par nos codes.

Dans l'un et l'autre cas, en effet, le débiteur de la prime s'est obligé en vue d'obtenir le droit de souscrire.

Si donc la souscription n'a pas lieu ou si ayant eu lieu,

il est déclaré ensuite qu'elle n'est pas valable, le versement de la prime a été fait en vue d'une cause qui ne s'est pas réalisée. D'autre part, les anciens actionnaires ou la société se sont enrichis injustement aux dépens du souscripteur déçu, qui a versé la prime, sans que celui-ci ait voulu ce résultat.

Ces conditions sont suffisantes pour justifier l'exercice contre la société en faillite, ou dissoute, d'un droit de créance au profit de l'ex-débiteur de la prime.

223. Le versement de la prime constitue, en effet, une *datio ob rem* que le droit romain eût sanctionnée par une *condictio* (1).

C'eût été la *condictio causa data causa non secuta* ou *ob rem dati*, qui était donnée précisément dans le cas où, d'après la convention des parties ou la nature de l'acte (2), la prestation d'où naît l'enrichissement avait été faite en vue d'un résultat qui ne s'était pas produit (3). C'est le

(1) Pomp. D. XII, 6, 52, *in fine* :

...ob rem vero datur ut aliquid sequatur : quo non sequente, repetitio competit. Paul, D. XII, 6, 65, § 4... quod ob rem datur ex bono et aequo habet repetitionem : veluti, si dem tibi, ut aliquid facias, nec feceris.

(2) En particulier, le contrat *do ut facias*, en lequel nous avons analysé le contrat de prime, dans la seconde hypothèse que nous avons distinguée, était sanctionné par la *condictio causa data causa non secuta*.

(3) Paul D. XII, 5, 1, § 1 : ob rem igitur honestam datum, ita repeti potest, si res propter quam datum est, secuta non est.

Ulp. D. XII, 4, 1 pr. : Si ob rem non inhonestam data sit pecunia ut filius emanciparetur, vel servus manumitteretur, vel a lite discendatur, causa secuta, repetitio cessat.

cas du versement de la prime qui ne procure pas utilement, à celui qui l'a effectué, le droit de devenir associé, soit, notamment, parce que la souscription projetée n'a pas lieu, soit parce qu'elle est déclarée nulle ou inexistante.

Sans doute le droit moderne ne connaît plus les expressions de *condictio* ni de *datio ob rem*. Mais, si les mots ont disparu, il n'en va pas de même des choses qu'ils désignaient. L'enrichissement injuste aux dépens d'autrui répugne à la morale de tous les temps, et le droit aujourd'hui, comme autrefois, est armé pour le prévenir ou le faire disparaître.

C'est pourquoi, il nous paraît que quiconque a versé une prime, dans la vue de devenir associé, et ne l'est pas devenu, a le droit de réclamer, à titre de créancier, les sommes dont le versement est désormais sans cause.

La créance dont il s'agit est limitée au montant de la prime. Il pourrait toutefois s'y ajouter des dommages et intérêts si le créancier prouvait qu'il a subi un préjudice dépassant la perte des deniers faisant le montant de la prime et imputable au fait de la société (art. 1382 du Code civil).

224. La question du sort de la prime, en cas de nullité de l'augmentation de capital, à l'occasion de laquelle elle avait été versée, s'est posée dans l'affaire de l'Union générale.

La société l'Union générale avait décidé une troisième augmentation de capital. Les cent mille actions nouvelles à émettre, étaient réservées aux anciens actionnai-

res, à raison d'une action nouvelle pour deux anciennes, et moyennant le versement d'une prime. Le taux de cette prime était de trois cent cinquante francs pour chaque action nouvelle au nominal de cinq cents francs. Jusqu'à concurrence de deux cent cinquante francs, le montant de chacune des primes devait être appliqué à la libération du second quart de deux actions anciennes. Le surplus, soit cent francs, devait être porté à une réserve extraordinaire.

Or, après la clôture de la souscription, mais avant qu'une assemblée générale eût été convoquée à fin de vérification de l'accomplissement des prescriptions légales, la société avait été mise en faillite, puis judiciairement dissoute. Certains souscripteurs excipèrent alors de diverses irrégularités graves, découvertes dans les opérations relatives à la dernière augmentation de capital, irrégularités consistant notamment dans le caractère fictif d'une grande partie des souscriptions et dans le défaut de versements effectifs. Ils tentèrent ainsi de répéter leurs versements, en produisant à la faillite, sous déduction toutefois des deux cent cinquante francs, pris sur la prime, applicables à la libération du second quart des actions anciennes.

L'affaire vint devant le tribunal de commerce de la Seine qui statua, quant aux intérêts civils engagés, par un jugement du 15 mai 1882 (1).

225. En raison des irrégularités relevées, le tribunal déclare « nulle et de nul effet l'émission des 100.000

(1) *Rev. des Soc.*, 1883, p. 239.

actions nouvelles de la *Société de l'Union Générale* ». Cependant, arguant de ce que les faits incriminés « sont uniquement imputables aux administrateurs », le tribunal déclare que ces faits « ne sauraient diminuer la valeur des engagements pris par les souscripteurs d'actions nouvelles (1) ».

Ces engagements, ayant entraîné la confiance des tiers, doivent être maintenus vis-à-vis de ceux-ci, et les sommes dues, en vertu de ces engagements, doivent recevoir la destination que les souscripteurs avaient acceptée.

De ces prémisses, le tribunal conclut que la demande en remboursement, introduite par certains souscripteurs est mal fondée et que, sur les huit cent cinquante francs versés pour chacune des actions nouvelles, deux cent cinquante francs seulement s'appliquant à la libération, pour le second quart, de deux actions anciennes, les

(1) A raison du pouvoir de vérification qu'ils ont à exercer (Loi du 24 juillet 1867, articles 5, 6, 24) les souscripteurs répondent du fait des fondateurs ou administrateurs. Mais dans l'espèce considérée au texte nous n'apercevons pas comment on peut établir la responsabilité *des souscripteurs* envers les tiers, créanciers sociaux.

Ce n'est pas la faute des souscripteurs, en effet, si l'assemblée générale de vérification, qui leur eût permis de connaître et peut-être de redresser les abus ayant vicié l'augmentation de capital et précipité la ruine de l'affaire, n'a pas été tenue. Il ne leur appartenait ni de se substituer aux administrateurs pour prendre l'initiative de convoquer cette assemblée générale, ni de se plaindre de l'inaction du Conseil d'administration, puisque, quand est survenue la faillite, on était encore dans les délais au cours desquels normalement doivent s'accomplir les opérations qui achèvent et régularisent une augmentation de capital.

En ce sens : Thaller. *Rev. critique*, 1883, p. 311-312.

souscripteurs des nouveaux titres sont tenus de verser au syndic, sommes suffisantes pour libérer la moitié encore due sur leurs anciens titres.

Remarquons que le tribunal néglige de régler le sort de la prime proprement dite de cent francs, exigée de chaque souscripteur d'une action nouvelle (1). On ne résoud pas, en effet, la question lorsqu'on se borne à dire que les versements effectués par les souscripteurs doivent recevoir la destination que ceux-ci avaient acceptée. Cette destination implique en effet que les cent francs de prime doivent être portés à la réserve extraordinaire ; or, dans l'état qui, en l'espèce, était celui des affaires sociales, il n'y a pas de fonds de réserve et son existence ne se conçoit même pas.

226. Le jugement fut porté en appel. De nouveaux intéressés intervinrent devant la Cour pour prétendre, que l'augmentation de capital était non pas nulle, mais inexistante, à cause du défaut de convocation de l'assemblée générale chargée de vérifier la sincérité des souscriptions et des versements.

L'inexistence de l'augmentation de capital entraînait l'inexistence des souscriptions et consacrait le droit des

(1) Sur les 350 francs demandés au souscripteur, en sus du nominal du titre souscrit, le montant de la prime proprement dite se limite à 100 francs.

Jusqu'à concurrence de 250 francs, somme qui devait être immédiatement et directement appliquée à la libération d'une quote-part des titres anciens, il y a le résultat d'un appel de fonds. Les actions nouvelles étaient, en effet, exclusivement réservées aux anciens actionnaires eux-mêmes.

prétendus souscripteurs à retirer les huit cent cinquante francs versés.

227. L'arrêt fut rendu le 2 mars 1883 (1). Il confirma le jugement. La Cour se garde d'examiner en elle-même la question de la nullité de l'augmentation de capital, d'où les plaideurs, en première instance, voulaient tirer, comme conséquence, l'annulation de la souscription aux nouvelles actions. Mais ayant fait l'hypothèse de cette nullité, la Cour conclut, qu'à raison des articles 7 et 41 de la loi du 24 juillet 1867, la nullité ne peut être opposée par les associés aux tiers, que représente le syndic de la faillite, et demeure ainsi « sans influence sur la validité de l'engagement contracté par les souscripteurs d'actions »

D'autre part, la Cour, rejetant la prétention des parties intervenantes en appel, repousse leurs conclusions à l'inexistence de l'augmentation de capital, attendu que la non-convocation de l'assemblée générale prescrite par l'article 25 de la loi du 24 juillet 1867 « n'a pas empêché
« le lien social de se former entre les actionnaires et que
« l'article 41 de la loi précitée n'en fait expressément
« qu'une cause de nullité que les parties intéressées peuvent sans doute invoquer mais que les associés ne sauraient opposer aux tiers ».

Tandis que le Tribunal était resté muet sur le sort à faire, en particulier, à la prime de cent francs, la Cour, au contraire, règle ce point de détail.

(1) *Rev. des Soc.*, 1883, p. 231.

Elle considère que les dix millions que cette prime devait produire ont été expressément portés à la réserve extraordinaire et qu'ainsi « la société s'est présentée aux tiers et s'est comportée avec eux comme étant en possession d'une réserve de dix millions ; que leur bonne foi serait trompée si le gage, sur lequel ils ont dû compter, leur était enlevé pour recevoir une destination autre que celle qui leur (sic) a été, dès le principe, expressément assignée ». Dès lors, du moment qu'ils demeurent acquis aux tiers, les cent francs de prime « ne peuvent donner lieu, en faveur des actionnaires, à l'exercice d'aucun droit de créance, soit par répétition, imputation, compensation ou production à la faillite ».

228. Le Tribunal et la Cour se rencontrent donc pour admettre, soit en fait, soit par hypothèse, la nullité des opérations relatives à l'augmentation de capital. Ils concluent cependant l'un et l'autre au maintien des engagements des souscripteurs, parce qu'ils estiment que la nullité dont il s'agit n'est pas opposable aux tiers.

Partant alors de ce principe que les irrégularités alléguées de la souscription n'ont pas empêché le lien social de se former, on ne peut que conclure, comme l'ont fait le Tribunal et la Cour, au maintien de la dette des souscripteurs, notamment de la dette de la prime, dans les conditions même où elle a été contractée.

En effet, la validité propre de la convention *accessoire* de prime n'étant pas en question, cette convention doit produire tous ses effets du moment que le contrat prin-

cipal de société, auquel elle se rattache est, par ailleurs, reconnu lui-même valide (1).

229. Nous ne saurions admettre la solution proposée par Thaller au problème du sort de la prime, dans l'espèce qui nous occupe.

Thaller distingue deux cas, suivant que la réserve constituée ou élargie par la prime « est encore recon-
« naissable dans la faillite », ou suivant « qu'elle s'est
« confondue avec le capital, de manière que la ligne
« séparative des deux masses ne puisse plus être recon-
« nue ».

Dans la première hypothèse, les souscripteurs doivent être admis à répéter la prime, par priorité sur les créanciers eux-mêmes, pour la raison que les fonds de la réserve ne constituent pas le véritable gage des créanciers (2). Dans la seconde hypothèse au contraire, la prime doit « suivre le capital de l'action, quant à la
« faculté de reprise. Absorbée dans le capital, la réserve
« participe désormais de sa nature » (3). Il nous semble que la confusion, avec le capital social, des fonds de réserve en général, et de la prime en particulier, est un simple fait qui peut rendre difficile, en pratique, la dis-

(1) Cf. *supra*, n° 219.

(2) M. Wahl (*Ann. dr. comm.*, 1893-371) fait justement valoir que si l'on décidait, contrairement à son avis, que les actionnaires peuvent répéter la prime versée, l'action en répétition de l'indû, qu'ils exerceraient alors, ne leur conférerait aucun privilège sur les créanciers sociaux.

(3) *Rev. critique de lég.*, 1883, p. 313-314.

traction des fonds qui ont été constitués par la prime, en vue d'une affectation distincte de celle du capital, mais un fait qui ne saurait justifier, en droit, une assimilation de nature entre les deniers confondus, assimilation qui permettrait une répartition uniforme de ceux-ci. Il n'y a donc pas lieu d'établir une différence de régime pour la prime sur la distinction proposée.

Si les souscripteurs sont devenus effectivement associés, — et leur refuser la répétition du nominal à l'encontre des tiers, créanciers de la société, c'est leur supposer la qualité d'associés — ils ne sauraient prétendre en aucun cas se faire restituer la prime versée. Celle-ci est frappée par le droit de gage des créanciers comme tout autre élément du patrimoine social.

230. Cette dernière remarque nous conduit à rejeter également la thèse de l'avocat général Loubers.

Il estimait que la prime de cent francs, versée, par chaque action nouvelle souscrite, pour être portée à une réserve extraordinaire, ne saurait faire retour aux actionnaires, ni par voie de production à la faillite, ni par voie de compensation car les souscripteurs « ont pris l'engagement de verser huit cent cinquante francs, ils les ont versés ; ils ne peuvent songer à en reprendre directement tout ou partie ».

Néanmoins, se fondant sur ce que la faillite entraîne la disparition du fonds de réserve extraordinaire et sur ce que, par ailleurs, les tiers n'avaient pas dû compter sur la prime que la publicité relative à l'émission ne leur avait pas annoncée, il voulait que la prime soit employée

à libérer les souscripteurs, à concurrence de son montant, des versements restant à effectuer sur les actions anciennes.

Pareille conclusion nous paraît mal établie. Si les fonds de réserve disparaissent, en effet, au cas où le capital social n'est plus intact, c'est précisément parce qu'ils sont destinés à se confondre avec celui-ci pour réparer ses brèches. Par conséquent, dans l'hypothèse indiquée, capital social et fonds de réserve sont également le gage des créanciers.

231. Par ailleurs, si l'on admet que la souscription est valable, il ne nous paraît pas qu'on en puisse légitimement modifier après coup le conditionnement. Le versement de la prime, effectué par le souscripteur, éteint l'obligation qu'il avait librement contractée en vue d'être admis à souscrire.

Dès lors que, d'une part, la prime est versée et que, d'autre part, la souscription est réalisée, la convention intervenue entre le débiteur de la prime et la société a épuisé toute sa force, produit tous ses effets.

Il résulte de là, en particulier, que si le débiteur de la prime est, par ailleurs, tenu de libérer ses actions anciennes, il est impossible d'appliquer le versement de la prime à l'extinction de cette dette (1).

232. C'est par suite d'un véritable abus de langage

(1) Dans l'affaire de l'Union Générale, l'opinion du syndic de la faillite était en ce sens, celle de l'avocat général Loubers et celle du liquidateur étaient en sens contraire. *Rev. des Soc.*, 1883, p. 251.

qu'au surplus, la constitution de la réserve a été présentée comme la *cause* de l'obligation du débiteur de la prime.

L'un des systèmes préconisés dans l'affaire de l'Union Générale consistait à considérer la prime comme « devant « faire retour aux actionnaires, leur engagement ayant « été conditionnel ou indivisible et *leur obligation étant* « *nulle faute de cause, la réserve n'ayant pas pu se cons-* « *tituer* par suite des irrégularités commises et des nul- « lités encourues » (1). Un jugement du tribunal de commerce de la Seine du 22 juillet 1893 (2) a refusé formellement de voir dans les considérations touchant les bénéfices (mis en réserve ou distribués) la *cause* de l'obligation du débiteur de la prime.

« L'actionnaire qui a souscrit des actions émises avec « prime, en conséquence d'une augmentation de capi- « tal, porte ce jugement, n'est pas fondé, à la suite de « la déconfiture de la société et de l'appel de fonds réalisé « par la liquidation, à exiger qu'il lui soit fait état, par « voie de répétition, du montant des primes par lui « payées, en alléguant que, lors de l'augmentation de « capital, *les bénéfices annoncés aux actionnaires étant* « *fictifs, la prime exigée des nouveaux actionnaires, à* « *raison de leur participation à ces prétendus bénéfices,* « *était sans cause et a été indûment payée* ». Ce jugement corrobore notre thèse, que nous appliquons ici, en manière de conclusion :

233. Dès lors que les juges de l'affaire de l'Union

(1) *Rev. des Soc.*, 1883, p. 250, 2^{me} al.

(2) *Journ. des Soc.*, 1894, p. 197.

Générale ont refusé de reconnaître l'inexistence des souscriptions, il faut tenir pour vrai que le lien social s'est formé et qu'ainsi l'obligation de verser la prime, contractée par les souscripteurs, avait parfaitement sa cause, puisque ces souscripteurs avaient acquis le droit de participer à une souscription valable, en vue de quoi ils s'étaient obligés au versement dont il s'agit.

Il n'importe pas, d'autre part, que l'acquisition visée et réalisée n'ait pas procuré aux souscripteurs les avantages pécuniaires qu'ils espéraient. Ils ne sauraient, en effet, invoquer la lésion pour agir en rescision de l'engagement en vertu duquel ils ont versé la prime, car la restitution pour lésion n'est accordée aux majeurs que dans les cas exceptionnels, limitativement énumérés par le Code civil (art. 1118 et 1313), au nombre desquels ne figure pas celui de notre hypothèse.

LIVRE II

Du régime de la prime

TITRE I

Le régime de la prime au point de vue civil

CHAPITRE UNIQUE

EMPLOIS POSSIBLES DE LA PRIME. — CRITIQUE DES ERREMENTS DE LA PRATIQUE

I. — AFFECTATION DE LA PRIME PERÇUE LORS D'UNE AUGMENTATION DE CAPITAL. — EMPLOIS NORMAUX DE CETTE PRIME.

234. La loi ne prescrit rien au sujet du régime de la prime. Il est décidé librement de son affectation par les statuts ou par l'assemblée générale qui vote l'émission des actions avec prime ou par une assemblée générale ultérieurement réunie.

Il apparaît immédiatement que dans le cas le plus fréquent, c'est-à-dire dans le cas de la prime perçue à l'occasion d'une augmentation de capital, la prime ne peut atteindre sa fin que si l'émolument en est réservé aux seuls actionnaires. Nous rappelons que les nouvelles actions viennent immédiatement concourir avec les

anciennes, et au même rang qu'elles, sur la fraction des bénéfices afférente à la rémunération du capital actions. De même, l'action nouvelle acquiert sur les réserves le même droit que l'action ancienne.

Ainsi, l'augmentation de capital qui, par ailleurs, augmente les moyens de la société, cause un préjudice aux actionnaires anciens. Elle ne le cause qu'aux actionnaires seulement et non aux autres associés ayant droit aux bénéfices, tels notamment les porteurs de parts de fondateur. En cas d'augmentation de capital en effet, les nouveaux copartageants, qui sont nécessairement des actionnaires, viennent concourir uniquement sur la part des bénéfices attribuée aux actionnaires, alors que la fraction fixant cette part globale demeure constante.

La prime, imposée aux souscripteurs à la nouvelle émission, tend à indemniser de ce préjudice ou à le prévenir, car son rôle peut être conçu de deux manières différentes.

235. Les actionnaires peuvent d'abord évaluer forfaitairement le préjudice qu'ils vont subir du fait de l'augmentation du nombre des actions copartageantes, fixer en conséquence le montant des primes et se faire attribuer celles-ci directement et immédiatement à titre d'indemnité (1). Mais ce mode d'indemnisation n'est

(1) Cf. : L. Lyon-Caen. *Rev. des Soc.*, 1909, p. 183. — Houpin, *Journ. des Soc.*, 1915, p. 156 et les autorités citées, *ibid*, note 2.

P. Pic. *Rev. des Soc.*, 1923, p. 263.

En sens contraire : Wodon. *Rev. prat. des Soc.*, 1913, p. 89.

M. Wahl estime que si la « prime est destinée à être répartie entre

pas pleinement satisfaisant. L'indemnité ne s'attachant pas au titre, comme il faudrait, mais étant appréhendée et consommée par l'un des possesseurs successifs du

« les anciens actionnaires, elle doit donner lieu à la vérification ».

Wahl (*Ann. de dr. comm.*, 1893, p. 309). Dans le même sens : Vavasseur, *op. cit.*, n^o 298 et 329 ; H. Bosvieux (*Jour. des Soc.*, 1927, p. 83) ; Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, 6^{me} éd., n^o 916.

En sens contraire : Thaller (*Rev. critique de légis.*, 1881, p. 532).

Il nous paraît difficile de voir, dans la répartition des primes aux anciens actionnaires, un avantage particulier soumis à vérification. En premier lieu, l'avantage, s'il existait, serait-il encore particulier, quoiqu'il appartiendrait à l'ensemble des anciens actionnaires ?

Au surplus, cet avantage, ordinairement, n'a pas été stipulé par les titulaires d'actions anciennes, ou par leurs auteurs, lors de la souscription à ces actions, et, dans tous les cas, il est impossible de convenir que cet avantage ait alors constitué un avantage particulier.

D'autre part, pour qu'il y ait lieu à la vérification, il faut que l'avantage soit stipulé de la société elle-même. Or, l'avantage, dont il s'agirait, est stipulé, par les actionnaires anciens, non pas de la société, mais des souscripteurs nouveaux. Ce sont, en effet, ces derniers qui, directement, sont tenus de fournir le montant de la prime à distribuer ; en sorte que ce montant n'a jamais été à la charge de la société.

En d'autres termes, la convention en vertu de laquelle les anciens actionnaires admettent les nouveaux à contracter société avec eux, moyennant le versement de la prime, ne procédant pas de la société (V. supra n^o 155 et 195 sqq., les anciens associés ne sont pas des apporteurs, stipulant à leur profit un avantage particulier, qui serait représenté par le montant des primes.

Enfin, le versement de la prime et sa distribution aux anciens actionnaires ont été effectués en vertu de la loi du contrat par lequel les nouveaux actionnaires ont été admis à souscrire. Comment ceux-ci pourraient-ils donner leur approbation à des procédés qu'ils ont déjà acceptés, par le fait même qu'ils ont consenti à souscrire ? Comment d'ailleurs pourraient-ils les désavouer après coup ?

titre, la réparation ne profite pas nécessairement à celui qui subit le dommage. En effet, l'action peut quitter les mains de l'actionnaire qui a touché la prime et le dernier possesseur du titre ne trouvera dans le partage des réserves qu'un émolument réduit, sans avoir bénéficié d'aucun avantage équivalent (1).

Aussi ce premier procédé demeure-t-il peu employé.

236. Plus souvent, les primes sont versées à un fonds de réserve facultative.

A priori, cette solution paraît satisfaisante. Il est, en effet, rationnel d'apporter le remède là où est le mal, de verser la contribution des nouveaux associés à la masse, au partage de laquelle ils vont concourir, pour équivaloir à la part qu'ils vont prendre.

Cependant nous remarquons que la confusion des deniers de la prime avec les fonds de réserve proprement dits ne va pas sans difficulté (2).

Les premiers, en effet, proviennent directement d'un versement effectué par les actionnaires, tandis que les seconds sont prélevés sur les bénéfices réalisés par la société (3).

(1) Il est, en effet, fort peu probable que les acquéreurs successifs de l'actionnaire indemnisé aient acquis l'action à un prix diminué, pour la raison que cette action a été démunie de son droit à l'indemnité au profit d'un détenteur particulier.

(2) Dans ce sens: Wahl, *Ann. dr. comm.*, 1894, p. 196, n° 152.

J. Jeannin, *op. cit.*, p. 168 in fine; p. 173-177 § 5.

(3) «... Dans certaines sociétés, écrit M. J. Jeannin, (*op. cit.*, p. 174-175) les actionnaires ont réclaté et obtenu que la distinction

237. Capital apporté dans l'actif social par les actionnaires, la prime contribue à produire le bénéfice social au profit de la société tout entière. Il est dès lors normal qu'elle soit rémunérée par un intérêt fixe mis à la charge des frais généraux, au profit des seuls actionnaires (1).

Cependant, l'attribution aux actionnaires d'un intérêt fixe calculé sur le montant des primes ne suffit pas à assurer la sauvegarde de leurs droits sur les primes. Il est de plus nécessaire d'y joindre une réglementation concernant l'emploi de la prime.

238. Pour résoudre le problème de cette réglementation, il convient de considérer que la prime n'est pas un bénéfice réalisé par l'être moral, mais un capital versé par les actionnaires et pour les actionnaires.

De ce qu'elle n'est pas un bénéfice réalisé par la société, il suit que la prime, à son entrée dans l'actif social, ne

« (entre les primes d'émission et les réserves) fût faite. C'est ainsi
« qu'à l'Assemblée générale ordinaire du 21 mars 1914 un actionnaire
« de la Compagnie Algérienne insista fortement, demandant la révi-
« sion de l'article des statuts réglant le partage des bénéfices. « Sur
« les Réserves ordinaires, le prélèvement des tantièmes du Conseil et
« en faveur de la caisse du personnel est normal, parce que ces Résér-
« ves ont été acquises par l'habileté du Conseil et le zèle des agents;
« mais les réserves qui proviennent des primes ne sont pas dans ce
« cas. C'est de l'argent versé effectivement par les actionnaires et il
« est légitime que cet argent soit rémunéré à raison de 5 % avant
« tout autre prélèvement ».

« Cette idée finit par prévaloir... et les statuts furent modifiés... »

(1) Dans ce sens : note ci-dessus; Houpin, *Journ. des Soc.*, 1915, p. 159-160.

Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, 6^e édit., tome II, n^o 1393, p. 503, texte et note 2 et les auteurs cités.

doit subir aucun des prélèvements qui s'opèrent sur les *bénéfices*. Notamment, le tantième revenant au Conseil d'administration ou au personnel intéressé ne doit pas être calculé sur le montant des primes, non plus que la part des bénéfices attribuée aux parts de fondateur (1) ou affectée à la rémunération du gérant, dans les sociétés en commandite par actions.

239. Cependant, quoiqu'elle ne soit pas un bénéfice réalisé par société, la prime peut sans inconvénient, dans l'hypothèse où il n'y a ni parts de fondateur, ni tantièmes au Conseil d'administration et où, par conséquent, il n'y a d'autres ayants droit aux bénéfices, et notamment au bénéfice de liquidation, que les actionnaires, être versée, en totalité ou en partie, au fonds de réserve légale, pour porter celui-ci d'un seul coup à son maximum légal, ou pour en accorder le chiffre avec celui du montant du nouveau capital social (2).

Les deniers de la prime se retrouveront à la dissolu-

(1) Dans ce sens : V. Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, 5^e éd., n° 446, p. 512, n° 726, p. 30 ; Houpin, *Journ. des Soc.*, 1915, 145 sqq ; *Journ. des Soc.*, 1922, 145 sqq ; Baratin, *Rev. des Soc.*, 1921, 1 à 3.

Les statuts pourraient valablement attribuer aux porteurs de parts un droit à la répartition des sommes provenant d'une prime versée par les actionnaires (En ce sens, Paris, 16 février 1885, *Journ. Soc.*, 1886, p. 555).

M. Wahl (*Journ. des soc.*, 1897, 201, note 3) soutient qu'à défaut même de clause statutaire en ce sens, les porteurs de parts peuvent réclamer une portion des primes.

Cette thèse ne nous paraît pas admissible.

(2) Dans ce sens : Amiaud, *op. cit.*, 1^{re} éd. p. 188.

tion de la société ; incorporés à la réserve légale avec laquelle, par suite de cette affectation volontaire, ils seront demeurés indisribuables durant toute la vie de la société, ils iront, comme il convient, intégralement, aux actionnaires, seuls partageants de l'actif de liquidation.

240. Il n'en est plus de même dans le cas où la société comprend, à côté des actionnaires, d'autres intéressés aux bénéfices, notamment des porteurs de parts. Ceux-ci, partageant avec les actionnaires le bénéfice de liquidation — et la réserve légale fait partie de ce bénéfice, quand le capital social est entier — appréhenderaient alors une partie des primes puisque la réserve légale fait alors une partie des primes. Ils s'enrichiraient ainsi, sans motif, au préjudice des actionnaires par qui et pour qui la prime avait été versée.

Aussi, dans le cas où il existe des porteurs de parts, ne convient-il pas d'affecter les primes au fonds de réserve légale, à moins que les statuts n'aient eu soin de prévoir que, si les fonds de la réserve légale viennent à être mis en distribution comme tels à la dissolution de la société, ces fonds iront exclusivement aux actionnaires, jusqu'à concurrence du montant des primes qui y ont été versées. La prime en effet appartient aux seuls actionnaires à l'exclusion de tous autres intéressés dans la société (1).

Versée par des actionnaires pour établir l'équité dans les rapports des actionnaires entre eux, la prime ne doit

(1) En ce sens : C. Houpin, *Journ. des Soc.* 1915, p. 159.

pas sortir du domaine où s'établissent ces rapports. Elle ne peut pas, sans perdre sa raison d'être et son utilité, recevoir une affectation en dehors du cercle qui circonscrit ce domaine, elle ne peut pas, autrement dit, profiter directement à d'autres associés qu'aux actionnaires (1).

241. C'est pourquoi, nous ne saurions approuver les errements de la pratique lorsqu'elle prend sur la prime les sommes nécessaires pour payer les frais occasionnés par l'augmentation de capital. L'augmentation de capital en effet profite à la société tout entière et non aux seuls actionnaires. Il est donc juste que les frais de sa réalisation soient mis à la charge de la société tout entière, c'est-à-dire portés au compte des frais généraux, ou au compte des immobilisations, pour y être amortis, suivant les disponibilités de la société en un ou plusieurs exercices (2).

(1) Ces principes commencent à inspirer la pratique. C'est ainsi que nous lisons dans les statuts de la société en commandite par actions F. Legay et Cie :

Art. 42. — En cas d'augmentation de capital par l'émission d'actions avec prime, le montant de cette prime ne sera pas considéré comme un bénéfice réparti au même titre que les bénéfices ordinaires ; il constituera un versement supplémentaire, en dehors du capital de l'action, destiné à établir l'égalité entre les propriétaires des actions anciennes et nouvelles, et *appartiendra exclusivement à tous les actionnaires pour être réparti entre eux ou recevoir l'affectation qui sera décidée par l'Assemblée générale ordinaire des actionnaires.*

Gaz. Pal., samedi 24 décembre 1927, p. 6.

(2) V. en sens contraire, la réponse de M. le Ministre des Finan-

Nous disons la même chose des amortissements de l'actif : profitant à l'ensemble des intéressés dans les affaires sociales, ils doivent être supportés par tous et non pas seulement être prélevés sur le produit des primes.

242. Dans le même ordre d'idées, la société doit s'interdire encore d'assimiler le montant des primes, actif des actionnaires, à un quelconque élément d'actif social et de l'inscrire comme tel à un compte de réserve facultative. Mais il convient de porter les primes à un compte de réserve qui, dans les relations des associés entre eux, soit la propriété exclusive des actionnaires (1).

ces à la question éerite n° 13.209, question du 11 juillet 1927 (*Journ. Off.* du 21 août 1927, rapportée au *Journ. des Soc.*, 1928, p. 52.

(1) Houpin, *Journ. des Soc.*, 1915, p. 156, in fine, p. 159-160.

Nous voyons utilisé le procédé que nous préconisons, notamment dans les statuts de la société anonyme des établissements A.-L. Néron, statuts arrêtés à Paris, le 23 février 1926. L'article 47, après avoir défini ce qui constitue les bénéfices, et avoir fixé le mode de répartition de ces bénéfices, prévoit la constitution d'un compte spécial et d'un fonds de réserve extraordinaire demeurant l'un et l'autre la propriété des actionnaires.

Parmi les éléments qui alimentent ce fonds extraordinaire se trouve précisément le montant de la prime d'émission. Nous lisons, dans l'article cité :

«... l'Assemblée générale ordinaire, sur la proposition du Conseil
« d'administration, a le droit de décider le prélèvement, sur la por-
« tion revenant aux actionnaires et aux porteurs de parts de fonda-
« teur dans le solde des bénéfices, de tous amortissements supplémen-
« taires de l'actif, et sur la portion revenant aux actionnaires dans
« ledit solde des bénéfices, des sommes qu'elle juge convenable de
« fixer, soit pour être reportées à nouveau sur l'exercice suivant à

L'expression « propriété des actionnaires » (1) appelle un commentaire. Il ne s'agit pas évidemment d'un véritable droit de propriété, absolu, opposable *erga omnes*. Le droit privatif des actionnaires sur les sommes inscrites au compte spécial ou versées au fonds de réserve spécial est essentiellement relatif, puisqu'il n'est opposable qu'à ceux des associés qui ne sont pas actionnaires, tels les porteurs de parts, ou aux divers intéressés dans les bénéfices et dans le boni de liquidation.

Les actionnaires ne peuvent opposer leur droit privatif aux créanciers sociaux car, tout spécial qu'il est, le compte où doit figurer la prime, est néanmoins un compte de réserve et, comme tel, fait partie de l'actif

« un compte spécial qui demeure la propriété des actionnaires, soit pour être portées à un fonds de réserve extraordinaire qui demeure également la propriété des actionnaires. »

« Ce fonds peut être affecté notamment, suivant ce qui est décidé par l'Assemblée générale ordinaire, soit à compléter aux actionnaires un premier dividende de huit pour cent, en cas d'insuffisance des bénéfices d'un ou plusieurs exercices, soit au rachat et à l'annulation de tout ou partie des parts de fondateur, par voie de mesure générale, soit au rachat et à l'annulation d'actions de la société, soit encore à l'amortissement total de ces actions ou à leur amortissement partiel par voie de tirage au sort ou autrement.

.....
« En cas d'augmentation de capital, si les nouvelles actions sont émises au-dessus du pair, le montant de la prime d'émission est versé à ce fonds de réserve extraordinaire ».

(V. *Gaz. Pal.*, dimanche 28-lundi 29 mars 1926).

(1) Cette expression est appliquée par les statuts, cités dans la note précédente, au compte spécial et au fonds de réserve spécial établis.

social. Sans doute, cette réserve est détenue pour les actionnaires, mais elle est détenue *par la société*. C'est pourquoi, aussi longtemps qu'ils n'ont pas été distraits de l'actif social, les deniers de la prime demeurent affectés à la garantie des tiers, comme tout autre élément du patrimoine social dont ils font partie.

243. N'ayant pas le caractère d'apports, les primes peuvent être, au cours de la vie sociale, prélevées de l'actif patrimonial pour recevoir une affectation dans l'intérêt des actionnaires.

Il appartient aux statuts et, d'une manière plus pratique, à l'assemblée générale qui autorise l'augmentation de capital, ou à une assemblée générale ordinaire, de décider de cette affectation.

Le montant des primes, ainsi que nous l'avons indiqué précédemment, peut être employé au profit des anciens actionnaires seuls, ou au profit de la collectivité de tous les actionnaires, tant anciens que nouveaux.

244. C'est ainsi que, dans le premier cas, la prime pourra être distribuée aux anciens actionnaires (1), soit directement, par une numération d'espèces, soit indirectement, et pour nous en tenir à un exemple fourni par la pratique, par l'affectation de la quote-part revenant à

(1) En ce sens :

Wahl : *Annales de dr. comm.*, 1894, p. 196, n° 152.

Thaller : *Annales de dr. comm.*, 1895, p. 256.

Contra :

P. Pic, *Rev. des Soc.*, 1923, p. 262.

chaque action ancienne à la libération partielle ou totale de ce qui reste dû sur le titre ainsi gratifié.

Ces emplois de la prime supposent que la société en a imposé le versement dans la seule considération du préjudice que cause *actuellement* aux anciens actionnaires le concours des souscripteurs des titres nouveaux sur la masse active à partager, préjudice qui serait effectivement subi si la société se liquidait au lendemain de l'augmentation de capital.

245. Mais la prime peut aussi être conçue comme constituant la somme dont il faut enrichir le patrimoine social, au jour de la réalisation de l'augmentation de capital, pour qu'à *l'époque vraie du partage de l'actif social*, le concours des nouveaux copartageants ne cause aucun dommage aux actionnaires primitifs.

Il est manifeste que, dans cette dernière hypothèse, la prime doit appartenir à la collectivité tout entière des actionnaires, sans aucune distinction entre ceux-ci, fondée sur l'ancienneté, et, en pratique, être versée à un fonds appartenant spécialement aux actionnaires, qui seront seuls à s'en partager le solde, en fin d'entreprise.

Rien ne s'oppose à ce que déjà, durant l'existence de la société, les actionnaires disposent librement des ressources versées à ce fonds et, en particulier, du montant des primes.

Les associés, lorsqu'ils ne se présentent pas en la qualité d'actionnaires, tels les porteurs de parts ou les administrateurs, ne sauraient alléguer aucune raison pour critiquer l'emploi des primes qui serait fait dans l'intérêt

exclusif des actionnaires et prétendre tirer également profit de celles-ci (1).

246. Envisageons quelques emplois de la prime qui, dans le silence des statuts, peuvent être valablement imposés à la société, par une décision de l'assemblée générale des actionnaires. Il en est ainsi parce que les emplois que nous allons considérer, sont proprement des emplois *normaux* de la prime, c'est-à-dire des emplois réalisant la fin que doit atteindre la prime en ce qu'ils procurent un avantage aux seuls actionnaires.

247. On peut prélever sur la prime les fonds nécessaires pour servir aux actionnaires l'intérêt fixe que prévoient les statuts, lorsque l'état des affaires sociales ne permet pas de prendre l'intérêt stipulé sur les bénéfices de l'entreprise, seuls appelés statutairement à pourvoir à cet intérêt (2).

248. Les actionnaires, tant anciens que nouveaux, peuvent également puiser, dans le fonds alimenté par les primes, les sommes nécessaires pour libérer leurs titres de la fraction fixée par la société procédant à un appel de fonds.

(1) Cf. *supra*, n° 238, note 1, p. 238.

(2) Mais, peut-on dire, l'intérêt ainsi payé aux actionnaires est prélevé sur une masse formant un capital qui leur appartient déjà. Dans ces conditions, où est l'avantage signalé ?

Nous répondons : cet avantage consiste en ce que les sommes, dans lesquelles s'investit l'intérêt payé, sont définitivement soustraites aux risques sociaux et appréhendées par les actionnaires.

249. L'assemblée générale des actionnaires peut de même décider une augmentation de capital, réalisable par l'incorporation au capital d'une somme égale à l'augmentation prévue, à prélever sur le montant des primes d'émission versées par les souscripteurs des précédentes tranches de capital. Les nouvelles actions représentatives de l'augmentation nouvelle de capital, entièrement libérées, sont alors réparties entre les actionnaires au prorata des actions anciennes qu'ils possèdent (1).

L'incorporation au capital social des primes d'émission fait acquérir à celles-ci le caractère d'apports sociaux et met, par conséquent, à la charge de l'être moral, le droit fiscal d'apport calculé sur leur montant.

Cependant, les actionnaires peuvent avoir avantage à voter cette incorporation. Ce faisant, en effet, ils n'aug-

(1) Aux termes d'une délibération en date du 18 juin 1925, l'assemblée générale des actionnaires de la société anonyme des Magnétos B. B. a voté une résolution en ce sens (*Gaz. Pal.*, 2 juillet 1925).

Une assemblée générale pourrait-elle décider de réaliser une augmentation de capital, en affectant le montant des primes à la libération de la quote-part prévue pour le premier versement et remettre ainsi aux actionnaires des titres partiellement libérés, représentatifs de l'augmentation de capital ?

Nous le nions, à moins que soit obtenu le consentement unanime des actionnaires. En l'absence de cette unanimité, les actionnaires qui auraient voté contre l'augmentation projetée ne peuvent pas se voir, malgré eux, tenus ou de verser ultérieurement les sommes nécessaires à la libération intégrale des actions qui leur sont remises, ou de céder leurs titres, renonçant ainsi au droit sur le patrimoine social qu'ils tenaient de leur qualité de propriétaires d'une quote-part de la prime,

mentent pas leur risque. Que les primes demeurent dans un fonds de réserve ou qu'elles soient intégrées dans le capital social, elles forment également le gage des créanciers sociaux. D'autre part, dans l'un et l'autre cas, les primes sont pareillement soustraites à l'appréhension des associés non actionnaires. Dès qu'elles font partie du capital social, les primes procurent de plus, aux possesseurs des actions qui les représentent, le droit à l'intérêt fixe quand celui-ci rémunère le capital actions (1).

250. Les actionnaires peuvent encore employer les primes qui leur appartiennent au rachat d'un certain nombre d'actions.

Les actions rachetées peuvent être annulées ou être portées au fonds d'où proviennent les primes qui les ont payées, pour devenir, comme tous éléments de ce fonds, la propriété indivise de tous les actionnaires (2).

(1) La question qui nous occupe n'est qu'un cas particulier de celle de la valorisation des réserves que nous n'avons pas à traiter.

Nous nous bornerons à observer que la transformation des réserves, ou de la prime, en actions, ne confère pas aux actionnaires, à qui sont remis les titres, une part plus grande dans les dividendes ou dans l'actif de liquidation, puisque les valeurs qu'ils appréhendent, au moyen d'un plus grand nombre d'actions, n'ont pas augmenté.

L'avantage pécuniaire, pour les actionnaires, de la valorisation de la prime, nous paraît se réduire à ce que nous disons au texte.

(2) Le rachat d'actions ainsi effectué n'appelle pas les mêmes critiques que le rachat *par la société* de ses propres actions, au moyen de sommes prélevées sur les réserves sociales et remplacées au fonds de réserve commun par les titres acquis.

Dans ce cas, la société devient actionnaire d'elle-même et acquiert des droits sur elle-même, situation juridique impossible.

251. Enfin, les primes sont éminemment propres à opérer le rachat des parts de fondateur.

Ces parts peuvent arriver à gêner les initiatives sociales. C'est ce qui a lieu, par exemple, quand les porteurs de parts tiennent des statuts le droit de souscrire au pair à toute émission nouvelle : la société peut alors éprouver quelque difficulté pour réaliser à sa convenance une émission d'actions avec prime.

Aussi les statuts ont-ils soin habituellement de prévoir la faculté de rachat des parts.

On pourrait songer à effectuer ce rachat avec tous éléments disponibles de l'actif social. Or, les éléments disponibles de l'actif social sont ordinairement représentés par des bénéfices ou des réserves diverses constituées par des bénéfices accumulés.

Mais les porteurs de parts ont des droits sur les bénéfices et sur les réserves. Ils sont donc admissibles à s'opposer à ce que le rachat de leurs titres s'effectue au moyen de sommes prélevées sur les réserves ou sur les bénéfices

Il n'en est pas de même quand le rachat des actions étant réalisé avec des fonds, détenus sans doute par l'être moral, mais réservés au profit de la collectivité des actionnaires, les titres rachetés deviennent la propriété de cette seule catégorie d'associés.

Nous ne saurions mettre au rang des emplois normaux de la prime et considérer comme rationnel, l'emploi de la prime à l'amortissement des actions de capital, remplacées par des actions de jouissance. On sait qu'à ces actions sont attachés les mêmes droits que ceux des actions de capital, sauf le droit au remboursement du nominal, épuisé par hypothèse, et le droit à l'intérêt fixe prévu aux statuts.

Or, par l'amortissement dont il s'agit, la société est déchargée du service de l'intérêt, sans qu'il en résulte un avantage *spécial* pour les actionnaires.

sociaux, puisque, de la sorte, ils seraient payés avec des fonds qui leur appartiennent déjà dans la proportion fixant leur part dans les résultats de l'entreprise.

Aussi, à l'effet d'effectuer les rachats de parts prévus aux statuts, les sociétés constituent-elles parfois des fonds de réserve spéciaux, alimentés par des prélèvements sur les dividendes des actionnaires.

La prime, en tant qu'elle appartient aux actionnaires, d'une manière exclusive, est tout indiquée pour servir au rachat des parts de fondateur, d'autant plus que, par ailleurs, les actionnaires sont les premiers intéressés à la disparition des parts qui absorbent, à leur détriment, une fraction des bénéfices annuels et de liquidation.

252. La société pourrait-elle *stipuler* des souscripteurs nouveaux le versement de la prime, au profit des porteurs de parts, en vue de payer intégralement ou partiellement le rachat de ces parts ?

La question de la validité d'une telle *stipulation pour autrui* s'est posée devant le tribunal de Nancy qui, par jugement du 24 novembre 1924, l'a résolue négativement, dans le cas particulier qui lui était soumis (1).

(1) *Rev. Enreg.*, 1925, art. 8108.

Jour. Enreg., 1925, art. 32. 395.

En l'espèce la Compagnie générale électrique avait procédé au rachat de ses parts bénéficiaires. Une partie des sommes réparties aux fondateurs, pour effectuer ce rachat, provenait d'une prime imposée aux souscripteurs à une augmentation de capital.

La société prétendait que la taxe sur le revenu des valeurs mobilières n'était pas due sur le montant de ces sommes. Elle exposait,

Cette solution ne nous paraît pas fondée. Le tribunal se borne, en effet, à rejeter l'hypothèse d'une stipulation pour autrui pour ce motif, que nous extrayons textuellement du jugement, à savoir : « que ce qui caractérise
« une telle stipulation, c'est qu'elle crée un lien direct
« entre le promettant et le tiers bénéficiaire qui touchera
« directement sa créance des mains de celui-ci, tandis
« que dans l'espèce, les primes des nouveaux actionnaires
« ont été versées en Banque et ont été ensuite réparties
« sous le contrôle direct de deux membres du Conseil
« d'administration aux fondateurs sans que les souscrip-
« teurs aient eu avec ceux-ci un rapport quelconque. »

rapporte le jugement, qu'elle n'avait pas fait (*sic*) de prime d'émission à proprement parler, mais qu'elle avait subordonné le droit des souscripteurs au versement d'une somme déterminée au profit de tiers désignés (les fondateurs), se bornant ainsi à faire une *stipulation pour autrui*.

Or, versées au profit des fondateurs, en vertu d'une stipulation pour autrui, les sommes, dont il s'agit, n'étaient jamais entrées dans le patrimoine social. Elles ne constituaient donc pas un bénéfice réalisé par la société et réparti ensuite entre ses membres, conditions nécessaires du paiement de la taxe, d'après la jurisprudence de la Cour de cassation, que nous avons précédemment rappelée (Ch. civ., 19 nov. 1906 et 7 nov. 1910) (*supra*, n° 49).

Le tribunal repoussa les prétentions de la société. Ainsi que nous l'exposons au texte, il refusa de voir, dans l'espèce, la stipulation pour autrui dont il était argué. Nous nous bornons ici à remarquer que l'enrichissement non contesté, procuré aux porteurs de parts, suffisait à justifier l'imposition des sommes constitutives de cet enrichissement, quelle qu'était la nature de ces sommes pour la société distributrice (Cf. *supra*, n° 49 à 54) et, par conséquent, quoi qu'il en était de la validité de la stipulation pour autrui, alléguée par la société.

Le tribunal semble se méprendre sur la nature du lien que la stipulation pour autrui crée directement entre le promettant et le tiers bénéficiaire.

Il n'est pas contestable que le lien dont il s'agit est un *lien de droit*, constitué par l'existence d'une action directe du bénéficiaire de la stipulation contre le promettant, pour l'exécution de la prestation stipulée, lien de droit parfaitement compatible avec l'absence d'un quelconque *rapport de fait* entre ces mêmes promettant et bénéficiaire.

D'autre part, le versement de la prime stipulée au profit des porteurs de parts, pour qui ce versement constitue le paiement du prix de rachat de leurs titres, satisfait aux prescriptions de l'art. 1121 du Code civil, qui règle la matière de la stipulation pour autrui.

La stipulation relative au versement de la prime faite par la société, au profit des porteurs de parts, est, en effet, la condition (au sens de l'art. 1121 précité) de la convention principale qui intervient entre la société stipulante et les nouveaux souscripteurs promettants, car nous avons vu que l'obligation pour les nouveaux souscripteurs de payer la prime, obligation dont il appartient à la société de fixer les modalités d'exécution, subordonne leur admission à souscrire au nominal, pour devenir associés.

On ne saurait objecter (1) que la société n'a pas pu stipuler des souscripteurs le versement d'une prime affectée, au profit des fondateurs, au paiement du prix

(1) Comme le fait dans *Rev. Enreg.*, 1925, art. 8108, p. 119, l'auteur des observations, sous le jugement précité de Nancy.

de rachat de leurs parts, en arguant que « le rachat ne
« pouvait s'effectuer sans le concours de la société et que
« l'affectation des primes à ce but déterminé constituait
« un acte de disposition supposant l'appropriation préa-
« lable de ces sommes par la société. »

L'argument n'a aucune portée. Il est normal, en effet, que l'objet de la stipulation mis, par le stipulant, à la charge du promettant, soit une prestation qui incombait au stipulant lui-même. C'est ainsi, par exemple, que je puis valablement stipuler d'une compagnie d'assurances, avec laquelle je contracte, le paiement, au profit d'un tiers déterminé, d'une rente viagère dont je suis jusqu'alors moi-même tenu.

Ainsi donc, l'assemblée des actionnaires ou le Conseil d'administration par elle délégué à cet effet, ayant imposé une prime aux souscripteurs des actions émises en augmentation du capital, stipulerait valablement de ces souscripteurs le paiement direct de la prime aux porteurs de parts, pour qui les sommes reçues constitueraient le prix total ou partiel du rachat de leurs titres.

Nous n'apercevons aucune raison d'ordre juridique pour interdire à la société stipulante le droit de décider que la prime sera versée en même temps et au même lieu que la fraction immédiatement libérable du nominal des actions souscrites. Nous ne voyons pas davantage pourquoi les fondateurs seraient privés de la faculté de désigner un ou plusieurs mandataires, choisis même parmi les membres du conseil d'administration, pour les représenter à l'effet d'opérer ou de contrôler la répartition entre eux des sommes dont ils sont les bénéficiaires.

Les porteurs de parts ont un intérêt évident à ce que la société, qui se propose de racheter leurs titres, par l'affectation à ce rachat de primes versées par les souscripteurs de nouvelles actions, *stipule*, de ces souscripteurs, qu'ils payeront directement les fondateurs, au moyen de la prime.

En effet, les fondateurs, bénéficiaires de la stipulation, acquièrent alors un droit de créance direct contre les souscripteurs promettants et, si on suppose en outre que ces fondateurs bénéficiaires ont ratifié, ils sont sans conteste, à l'abri des conséquences de la faillite de la société qui surviendrait avant qu'ils aient touché le prix du rachat de leurs parts (1).

II. — AFFECTATION DE LA PRIME PERÇUE A LA FONDATION DE LA SOCIÉTÉ.

253. Nous n'avons envisagé, jusqu'ici, que l'affectation de la prime perçue à l'occasion d'une augmentation de capital. Qu'en est-il des emplois de la prime exigée des souscripteurs du capital originairé, par les fondateurs ?

Cette prime n'a pas les mêmes raisons d'être que celle qui est imposée par la société aux souscripteurs d'un capital d'augmentation. Elle n'a pas pour but de maintenir au profit des anciens actionnaires une situation acquise, mais de procurer à la société naissante des ressources facilement et intégralement disponibles. Elle constitue donc, pour les fondateurs qui la perçoivent au

(1) Cf. Paris, 10 mars 1896. D. 96-2-465.

nom de la société, un actif dont ils peuvent librement disposer au nom et dans l'intérêt de l'être moral.

254. Les fondateurs peuvent dès lors affecter les primes à tous emplois utiles à la société et insérer dans les statuts toutes les clauses nécessaires à cette fin, sans qu'on puisse, du point de vue rationnel, diriger de critique contre leurs décisions.

C'est ainsi que les fondateurs font un usage normal des primes quand, en vue d'assurer plus d'aisance à la marche de l'entreprise, ils les affectent, au lieu de sommes prélevées sur le capital social ou sur les premiers bénéfices réalisés, au paiement des divers frais de constitution de la société, à l'alimentation du fonds de roulement ou du fonds de réserve légale, exonérant ainsi les premiers exercices de la charge afférente à ces dotations (1).

255. Il est pareillement admissible que les fondateurs appliquent la prime versée par les souscripteurs du capital originaire, à la rétribution des services rendus, soit par des tiers créanciers, qui reçoivent ladite rétribution à titre de créanciers, soit par les fondateurs, pour qui elle constitue un avantage particulier soumis à vérification (2).

(1) Cependant les primes n'ayant pas le caractère de bénéfices sociaux, la société ne saurait *être tenue* d'effectuer sur leur montant les prélèvements prévus par l'art. 36 de la loi du 24 juillet 1867, alors même que le bilan de fin d'exercice n'accuserait aucun bénéfice d'exploitation sur lequel on pût opérer lesdits prélèvements.

(2) Thaller et Pie, *Soc. comm.*, op. cit., II, 888 et les autorités citées.

256. L'attribution de sommes prélevées sur les primes peut aussi constituer la rémunération des apporteurs en nature, concurremment avec l'octroi de parts de fondateur et d'actions d'apport (1).

L'emploi de ce mode de rémunération est indiqué quand la valeur des apports en nature est telle qu'on ne saurait la récompenser entièrement avec des actions d'apports et des parts, sans épuiser les forces sociales pour le présent et pour l'avenir.

257. Si enfin les primes versées par les premiers souscripteurs ne sont pas utilisées immédiatement, elles vont à un fonds de réserve facultative appartenant à la société. Ces primes sont, en effet, un élément d'actif social disponible qui, comme tel, s'inscrit à la réserve facultative.

(1) M. L. Lyon-Caen (*Rev. des Soc.*, 1909, p. 186) craignant que les actionnaires ne se montrent trop généreux quand il s'agit de prélever sur les primes la rétribution dont il s'agit, voudrait que la société se procure les ressources dont elle a besoin immédiatement, non pas en exigeant une prime des souscripteurs, mais en portant le capital social à un chiffre supérieur. Mais qui ne voit que le procédé préconisé ne saurait se substituer sans inconvénient au procédé critiqué ?

Les fonds constitutifs du capital nominal exigent, en effet, une rémunération spéciale : le dividende.

De plus, une société ne peut pas sans péril, surtout à sa naissance, enfler à volonté le chiffre de son capital. La croissance de ce dernier alourdit, en effet, la marche de l'entreprise et souvent même en viendrait à l'entraver par la nécessité où se trouve la société de combler un fonds de réserve légale plus important.

258. Pour le dire en bref, la prime est un élément actif du patrimoine social qui, au point de vue de la loi, grâce à l'absence de toute réglementation, peut recevoir une affectation quelconque, mais qui, du point de vue rationnel, doit nécessairement être réservée aux seuls actionnaires ou employée dans leur intérêt.

Telle est la règle commune. La seule exception concerne le cas, rare en pratique, de la prime perçue à la fondation de la société. La prime est alors un actif social pur et simple, dont les fondateurs, stipulant au nom de la société, peuvent user librement.

III. — CONTRADICTION DE LA PRATIQUE

259. Cependant, la pratique contredit souvent nos propositions. Nous voyons fréquemment que le montant des primes, perçues à l'occasion d'une augmentation de capital, est employée à acquitter des charges qui incombent à la société tout entière, telles le paiement des frais de l'émission, l'amortissement des actions ou des obligations, l'achat du droit à une dénomination (affaire du Patrimoine) (1). Plus habituellement encore, la prime

(1) Les actionnaires originaires de la société anonyme dénommée « Le Patrimoine », société d'assurances contre les *accidents*, avaient versé une prime dont le montant était destiné à payer l'acquisition du droit pour la société de porter le titre de « Le Patrimoine », titre appartenant à une compagnie d'assurances sur la *vie*.

Voir *Rép. périod. de l'Enreg.*, année 1882, art. 5943, qui rapporte un jugement du tribunal de la Seine du 10 mars 1882, intervenu dans cette affaire pour assujettir la prime, dont il s'agit, au droit gradué qui frappait alors les apports en société.

est versée à un fonds de réserve facultative, sans faire l'objet d'un poste spécial.

Ces affectations sont évidemment licites, puisqu'en notre matière la liberté des conventions est complète. D'autre part, les actionnaires ne sauraient se plaindre, du moins en principe, des dispositions qui règlent, au mépris de leur droit, le sort de la prime. Volenti non fit injuria : or, ou bien les actionnaires ont été les auteurs de ces dispositions, si elles ont été directement votées par l'assemblée générale ou réglées par le conseil d'administration, mandaté à cet effet par l'assemblée générale, ou bien, en souscrivant, ils les ont acceptées si elles sont prévues aux statuts, ou dans les modalités de l'émission.

260. Il n'en demeure pas moins vrai que pour tracer l'esquisse vraie d'une réalité juridique, on ne saurait s'en tenir aux données essentiellement variables de la pratique.

Il convient de discuter ces données, de porter sur elles des jugements de valeur, au point de vue de l'équité ou du droit, ce qu'on ne peut faire qu'en les comparant à une norme fixe.

Cette norme est celle que détermine le libre jeu des lois internes de l'institution qui nous occupe.

Elle ne peut être que celle-là, car la prime, apparue dans le domaine juridique sans l'intervention de la puissance créatrice de la loi, est une institution à proprement parler « *autonome* ».

Née en quelque sorte spontanément sous la seule
VANDAMME : *Pr. imp. Souse. d'Act.*

influence des nécessités économiques, elle échappe à toute réglementation extérieure, portant ainsi en elle-même sa propre norme. Celle-ci ne peut être autre précisément que celle que détermine l'ensemble des principes tenant à la nature des choses et à la nécessité des conséquences.

Si ces principes, forts de leur seule vertu, ne réussissent pas toujours à s'imposer dans le conflit des intérêts particuliers, c'est là pur accident qui n'importe pas autrement.

Il suffit. La contradiction accidentelle des faits ne saurait infirmer notre conclusion : la prime n'est pas un apport fait à l'être moral société, mais c'est un versement opéré, dans les caisses sociales, pour les seuls associés actionnaires.

TITRE II

Le régime de la prime au point de vue fiscal (1)

CHAPITRE I

LES DISTRIBUTIONS DE PRIMES AU REGARD DE LA LEGISLATION RELATIVE A L'IMPOT SUR LE REVENU DES VALEURS MOBILIERES (2)

I. — LES DISTRIBUTIONS EN ESPÈCES

261. La prime distribuée, soit au cours de l'existence de la société, soit lors de sa dissolution, à l'actionnaire ou au porteur de parts bénéficiaires, apporte-t-elle une plus-value dans le patrimoine de l'associé qui la reçoit ? Constitue-t-elle pour celui-ci le profit visé par les textes créant l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières et notamment par le texte fondamental de la loi du 29 juin 1872 ?

(1) Nous avons été amenés à traiter précédemment, et en particulier, la question des relations de la prime avec les droits proportionnels d'enregistrement, notamment avec le droit d'apport. Cf. n^o 149 sqq.

Nous ne reviendrons pas ici sur cette question.

(2) Une fois pour toutes nous précisons que par l'expression « *distributions de primes* », il faut entendre les distributions des sommes provenant des primes encaissées par la société, au cours de ses différentes émissions.

Une distinction s'impose selon les bénéficiaires de la distribution.

262. Si ces bénéficiaires sont précisément les porteurs des actions pour la souscription desquelles le montant de la prime a autrefois été versé à la société (1), la distribution à laquelle ils participent ne les enrichit pas à proprement parler : ils sont simplement remboursés des sommes autrefois versées, par eux-mêmes, ou par ceux dont ils sont les ayants cause.

Dès lors, la distribution des primes à de tels bénéficiaires ne donne pas lieu à la perception de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières (2).

(1) On a fait remarquer (v. notamment M. L. Lyon-Caen, *Rev. des Soc.*, 1909, p. 187) qu'il était assez étrange de demander aux souscripteurs d'actions le versement d'une prime et de leur ristourner ensuite une partie de leur déboursé. Pourquoi, dit-on, ne pas éviter ce détour en diminuant initialement le taux de la prime imposée ?

Le procédé ainsi proposé conduit à effectuer un calcul d'escompte. Il s'agit de calculer la valeur *actuelle* de la remise qui pourra n'être faite que plus tard. On soustrairait immédiatement cette valeur, de la prime imposée.

Or, ce calcul est impossible à faire, à raison de l'indétermination de la date du remboursement.

En effet, au moment où elle émet ses actions et fixe le taux de la prime, la société, le plus souvent, ne peut pas prévoir à quelle époque elle distribuera la prime, ni même si elle la distribuera, car cette distribution exige un certain état de prospérité des affaires sociales ; elle ne peut être décidée arbitrairement.

(2) « ...du moment qu'ils (les fonds distribués) procurent à l'associé *un enrichissement et non un simple remboursement* de ses apports, l'impôt est exigible. » Binet sous Cass. 19 nov. et 17 déc. 1906.

D. P. 1907-1-356, 1^{re} col., *in fine*.

C'est en ce sens que s'est prononcée l'administration de l'enregistrement dans ses solutions du 24 octobre 1884 (1) et du 22 mars 1902 (2).

263. Il sera parfois difficile, pour la société, de prouver que les sommes prises sur les réserves, et distribuées aux actions autrefois souscrites moyennant le versement d'une prime, constituent le remboursement total ou partiel de ces primes.

Dans une espèce, où une société avait réparti entre ses actions une somme prélevée sur « la réserve constituée « au moyen de ventes d'immeubles », la Cour de cassation (3) a déclaré que si certaines actions avaient été souscrites moyennant le versement d'une prime, en sus de la valeur nominale de l'action, la somme distribuée à ces actions « n'était nullement la restitution partielle de cette prime ».

La Cour justifie sa décision par la raison que la délibération qui a autorisé la répartition « en a fait bénéficier également tous les actionnaires. »

La société, par son propre fait, rejette toute distinction entre les actions qui ont versé une prime en sus du nominal et celles qui ont simplement acquitté le nominal. Elle confond en effet les unes et les autres dans une même distribution, leur attribuant indistinctement un égal dividende.

(1) *Jour. de l'enreg.*, art. 22410.

(2) Maguéro, *op. cit.*, v° *Impôt sur le revenu*, n° 123.

(3) Cass. civ., 4 avril 1922, D. P. 1925-1-159.

Cette unité dans le procédé suppose une unité dans le résultat cherché.

Or, si la société n'a pas voulu *rembourser* la prime à toutes les actions, puisque certaines ne l'avaient pas versée, tandis qu'elle a pu vouloir faire, entre tous ses actionnaires, une répartition au titre de produits des actions, répartition passible de la taxe sur le revenu (1).

264. Les primes peuvent être encore réparties entre les actionnaires qui n'en ont pas autrefois effectué le versement, ni par eux-mêmes, ni par ceux dont ils tiennent leurs actions.

Sans doute, le versement de la prime par les nouveaux actionnaires a pour effet, non pas de procurer un enrichissement aux anciens, mais de prévenir le préjudice qu'ils subiraient, du fait de l'admission de nouveaux associés, si ce versement n'était pas effectué. L'entrée de la prime dans le patrimoine social maintient donc les anciens actionnaires dans la situation qui est la leur, au jour de l'augmentation de capital, vis-à-vis des réserves.

Dès lors, quand la société prélève dans son fonds, et attribue à ses actions anciennes une partie ou l'intégralité des primes versées par les nouveaux actionnaires, qui apportent ainsi leur contribution à la plus-value du patrimoine commun, il arrive que les anciens actionnaires réalisent et appréhendent une part de cette plus-value.

(1) En l'espèce, les bénéficiaires de la distribution avaient conservé leur droit au remboursement de la totalité du capital actions ; dès lors, la somme distribuée ne constituait pas un amortissement des actions.

Cette appréhension gratuite constitue l'enrichissement que frappe la taxe sur le revenu des valeurs mobilières.

265. D'ailleurs, si, l'augmentation de capital n'ayant pas eu lieu, la prime n'avait pas été versée par les nouveaux actionnaires, ni distribuée aux anciens, la situation de ces derniers eût été, par hypothèse, la même que celle qui est la leur au moment où la prime va leur être distribuée. Ils auraient touché, sous une autre forme, et au plus tard à la dissolution de la société, une somme égale à celle qui leur est attribuée sur les primes, somme pour laquelle ils auraient acquitté la même taxe.

Des différences n'affectant en définitive que les modalités de la distribution, ne suffisent pas à soustraire à l'impôt des sommes qui sont frappées à raison de l'enrichissement qu'elles constituent pour le bénéficiaire, quelle que soit la façon dont cet enrichissement est pour lui réalisé.

266. Les bénéficiaires de la distribution des primes peuvent être enfin les porteurs de parts de fondateur.

Nous distinguerons deux cas, suivant que ces bénéficiaires touchent les sommes distribuées à titre d'émolument gratuit ou à titre de prix du rachat de leurs titres.

Dans le premier cas, sous réserve de la question de leur droit à cet émolument gratuit, question que nous examinons ailleurs (1), il nous apparaît que tout ce qui revient gratuitement aux porteurs de parts, dans la distribution des primes, constitue pour eux un profit, un produit de leurs titres, passible comme tel de la taxe.

(1) Supra, n^{os} 238 à 241.

267. Il n'en est pas de même dans le cas où la fraction des primes, touchées par les porteurs des parts bénéficiaires, est le prix du rachat de leurs titres effectué par la société.

Les sommes distribuées aux porteurs de parts ne constituent pas alors, dans leur intégralité, un bénéfice pour eux. Celui-ci ne s'entend que de la différence entre le prix de remboursement des titres et leur valeur initiale (1), car, à concurrence de cette valeur initiale, la somme touchée par le porteur de parts est censée constituer un remboursement (2).

Dans la limite du bénéfice ainsi défini, la taxe sur le revenu est exigible (3).

II. — LES REMISES GRATUITES D'ACTIONS

268. Est-il nécessaire, pour qu'il donne ouverture à la

(1) Il nous semble que la question mériterait au moins discussion de savoir si les mêmes arguments, qui sont proposés pour le cas du remboursement des valeurs à lots ou des valeurs à primes, militent en notre matière du rachat des parts de fondateur. Le bénéfice taxable doit-il être réduit à la différence entre le prix du rachat et le cours en Bourse des parts, au jour du rachat ?

(2) En réalité, les parts de fondateur n'ont donné lieu à aucun versement de capital à la société qui les a créées et, le plus souvent, elles sont explicitement présentées comme étant sans valeur initiale.

Toujours, cependant, l'administration de l'enregistrement exige de la société l'évaluation des parts de fondateur. C'est de cette valeur qu'il s'agit au texte, où nous la qualifions de valeur initiale.

(3) Seine, 10 décembre 1915. *Rev. de l'Enreg.*, art. 6499.

Nancy, 24 novembre 1924. *Journ. de l'Enreg.*, 1925, art. 32; 395.
Rev. de l'Enreg., art. 8108.

taxe, que l'enrichissement de l'associé, actionnaire ou porteur de part, soit procuré par une distribution de numéraire ou, au moins, par une inscription au crédit du compte particulier du bénéficiaire ?

C'est le problème de l'assujettissement à l'impôt des remises gratuites d'actions aux associés (1), ces actions étant libérées au moyen de fonds prélevés sur les bénéfices, sur les réserves, ou généralement, sur une quelconque partie disponible de l'actif social.

Considérons un cas particulier de ce problème général. Supposons qu'une société, au lieu de distribuer en espèces le montant des primes perçues, affecte celui-ci à une augmentation de capital et distribue des actions nouvelles, intégralement ou partiellement (2) libérées au moyen des primes.

L'associé qui reçoit ces actions ou le porteur de parts pour qui elles valent le rachat convenu et payé de ses titres, doit-il supporter, dans les différentes mesures que nous venons de fixer pour la distribution en espèces, l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières ?

269. Nous nous appuyerons pour résoudre la question ainsi posée, sur les décisions maintes fois rendues dans

(1) Pour la solution générale de cette question, voyez Amiaud, 2^{me} éd., *op. cit.*, n° 202 sqq, n° 222 sqq, n° 259 sqq, et les auteurs auxquels il renvoie.

(2) Cf. *supra*, nos observations, n° 249, note 1, p. 246. Un porteur de parts ne pourrait non plus être contraint d'accepter des actions non intégralement libérées, en paiement du prix de rachat de ses parts.

la matière analogue des distributions gratuites aux associés d'actions nouvelles libérées au moyen de réserves.

Or, la Cour de cassation maintient fermement l'assujétissement à la taxe de ces dernières distributions. Sa doctrine (1) est consacrée par de nombreux

(1) On a opposé, à cette doctrine, celle qui résulte de la jurisprudence du Conseil d'Etat, relative à l'application de l'impôt général sur le revenu, en matière de remises gratuites, aux actionnaires, d'actions libérées avec leurs parts dans les réserves. (Cf. Gaz. Pal., 1923-1-399, note sous Cons. d'Et., 15 février 1923.

Cette jurisprudence de Conseil d'Etat s'exprime dans les arrêts des : 15 février 1923 précités (D. P. 1923-3-9 avec une étude de M. L. Trotabas ; Gaz. Pal. 1923-1-399 ; *Journ. des Soc.*, 1923, p. 114. avec une note de M. Houpin). — 27 juillet 1923 (*Rev. dr. fisc. et comm.*, 1924, p. 75). — 22 novembre 1923 (*Journ. des Soc.*, 1924, p. 171).

Le Conseil d'Etat distingue deux cas, suivant que la souscription aux actions nouvelles a été facultative ou obligatoire.

Dans le premier cas, le contribuable, qui use *librement* de la faculté de souscrire, a eu à sa *disposition* les sommes distribuées, qui constituent dès lors des revenus soumis à l'impôt général établi par l'article 10 de la loi du 15 juillet 1914.

Dans le second cas, au contraire, la société attribuant *obligatoirement* des actions nouvelles (le Conseil d'Etat relève qu'elles n'étaient pas, d'ailleurs, librement cessibles) aux actionnaires anciens, en représentation de leurs parts dans les réserves, les actionnaires gratifiés *n'ont jamais eu à leur disposition* la somme correspondante à leur quote-part des réserves. Les actions nouvelles ainsi remises ne doivent pas entrer en compte pour la détermination du revenu du contribuable, en vue de son assujétissement à l'impôt général sur le revenu.

L'auteur de la note précitée (Gaz. Pal., 1923-1-399) en établissant une comparaison entre la jurisprudence de la Cour de cassation, en matière d'impôt sur le revenu des valeurs mobilières et celle du Conseil d'Etat, en matière d'impôt général sur le revenu, comparaison à

arrêts (1).

Attendu, porte un récent arrêt de la Chambre civile (2),
« que l'opération dont il s'agit » (emploi de la plus-value

l'avantage de la jurisprudence du Conseil d'Etat, nous paraît com-
mettre une méprise.

Il n'est pas exact de dire, comme le fait cet auteur, que « pour
« le Conseil d'Etat, la remise aux actionnaires d'actions nouvelles,
« créées par un prélèvement sur les réserves accumulées dans les
« années antérieures, c'est-à-dire sur les bénéfices précédemment
« réalisés, ne constitue pas par elle-même la distribution de ces
« bénéfices. »

Si on se reporte aux textes des arrêts précités du Conseil d'Etat,
du 15 février 1923, on aperçoit que pour refuser de faire entrer
en compte la valeur des actions *obligatoirement* attribuées aux anciens
actionnaires, pour la détermination de la base de perception de
l'impôt général, le Conseil d'Etat ne conteste ni le fait de la *dis-*
tribution des réserves, ni le fait de *l'enrichissement* de l'actionnaire.
Il lui suffit de remarquer que l'actionnaire gratifié *n'a jamais eu à*
sa disposition les valeurs mises en distribution.

Mais la législation relative à la matière de l'impôt sur le revenu
des valeurs mobilières ne tient aucun compte de cette dernière con-
dition. Il ne saurait donc être question d'opposer à la Cour de cas-
sation la jurisprudence du Conseil d'Etat.

(1) Voyez notamment :

Cass. Req., 7 juin 1880, 2 espèces, D. P. 1880-1-466. Cass. Req.,
26 décembre 1887, D. P. 1888-1-265 avec un rapport de M. le conseiller
Voisin ; Gaz. Pal., 88-1-216. Cass. Req., 24 juillet 1899, D. P. 1900-1-
185, avec une note de M. Emmanuel Besson. Cass. Req., 22 février
1904, D. P. 1905-1-361, avec une note de X. Gaz. Pal., 1904-1-679.

Cass. Req., 3 avril et 24 juillet 1911. D. P. 1912-1-489, avec une
note de F. P. ; Gaz. Pal., 1911-1-644 ; *Rev. de l'Enreg.*, n° 5309
et 5365.

(2) Cass. civ. 6 mars 1922, D. P. 1923-1-54. Gaz. Pal., 1922-1-750.

du fonds social, à l'augmentation du capital social par la création d'actions nouvelles réparties entre les anciens actionnaires) « a eu pour conséquence de faire immédiatement passer dans le patrimoine des actionnaires, sous la forme d'actions nouvelles dont ils avaient la libre disposition, une partie de l'excédent de valeur du fonds social ; que la remise de ces titres, qui leur étaient attribués proportionnellement aux actions anciennes par eux possédées, n'a été accompagnée d'aucun versement prélevé sur leurs fonds personnels, qu'elle constituait donc pour eux une distribution de produits soumise à la taxe, qui, étant perçue dès ce moment, ne devait plus être exigible, lors de la liquidation de la société, sur le remboursement de la valeur représentée par ces actions. »

La Cour de cassation s'en tient donc à cette idée que l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières « a pour cause déterminante la répartition qui fait passer du patrimoine social dans l'avoir personnel des associés ou actionnaires les intérêts, dividendes, revenus et tous autres produits des actions » (1).

Elle juge d'autre part : « que l'affectation toute volontaire de ces bénéfices (les bénéfices sociaux) à l'augmentation du fonds social et la remise d'actions nouvelles aux actionnaires, proportionnellement aux actions anciennes par eux possédées constituent essentiellement une distribution » (2).

(1) Cass. civ. 28 mai, 1884, D. P. 84-1-465.

(2) Cass. Rep., 7 juin, 1880, 2^e espèce, D. P. 1880-1-466.

Elle conclut que les distributions de réserves sous forme d'actions sont soumises à l'impôt au même titre que les distributions de réserves sous forme de numéraire (1).

270. Des critiques n'ont pas manqué d'être dirigées contre cette jurisprudence (2).

On a fait remarquer, tentant de saper par sa base même la construction édifiée par la Cour de cassation, que la remise aux associés, actionnaires ou porteurs de parts bénéficiaires, d'actions nouvelles libérées par un prélèvement sur les réserves, ne constitue pas une distribution effective de ces réserves, puisque celles-ci, loin d'être l'objet d'une attribution privative des associés, demeurent dans le patrimoine commun exposées comme devant à tous les risques sociaux.

On ajoute que, par ailleurs, et précisément parce qu'il n'y a pas distribution effective, le patrimoine des associés attributaires des actions nouvelles, ne se trouve pas enrichi de *produits distribués*.

271. Nous ne saurions retenir le fait que la distribution des réserves sous forme d'actions nouvelles laisse intact le fonds social, les sommes prélevées pour libérer les actions passant simplement du poste réserves au poste

(1) Dans le même sens, voir également : Rouen, 31 mars 1919, *Journ. de l'Enreg.*, n° 31.437; Pithiviers, 26 janvier 1922, *Journ. de l'Enreg.*, n° 32.204 ; Cass. civ. 6 mars 1922, *Rép. périod. enreg.*, 1922, n° 14101 avec d'intéressantes observations, *Rev. de l'Enreg.*, n° 7514, D. P., 1923-1-54.

(2) Cf. notamm. note sous Cass., 3 av. 1911, *Gaz. Pal.*, 1911-1-644

capital social et demeurant ainsi dans le patrimoine commun.

L'impôt sur le revenu des valeurs mobilières en effet vise l'avantage procuré aux porteurs de titres par la société créatrice des titres, sans que nulle part la loi ait exigé l'appauvrissement corrélatif de la société.

Sans doute, le patrimoine de la société s'appauvrit le plus souvent des valeurs qu'elle y prélève pour les faire passer dans le patrimoine personnel des associés. Mais de ce que cet appauvrissement est ordinaire, il n'est pas légitime de conclure qu'il est nécessaire.

Rien n'autorise donc à écarter l'application de la loi sur le revenu des valeurs mobilières lorsque, comme il arrive dans le cas proposé à notre examen, la société procède à une distribution de ses réserves converties en actions nouvelles, distribution qui, sans appauvrir son auteur, procure cependant des avantages à ses bénéficiaires.

272. Or ces avantages sont réels.

L'actionnaire ou le porteur de parts, désormais propriétaire de deux ou plusieurs titres, peut réaliser partiellement la valeur qu'il possédait auparavant sous la forme d'un seul titre. La distribution dont il s'agit lui donne la possibilité de transformer l'espérance du gain à lui provenir, pour sa part, de la réalisation des réserves, en un gain actuel, soustrait aux risques sociaux et, ainsi, définitivement acquis (1) ; et cela, *sans avoir à renoncer à sa qualité d'associé.*

(1) On objecte « que cette aliénation du titre est due à l'initiative

273. « L'actionnaire, dit-on, pouvait tout aussi bien
« disposer de ces réserves avant qu'après l'augmentation
« du capital ; la seule différence consiste en ceci : il en
« disposait en vendant une action, il en dispose ensuite
« en vendant deux titres » (1).

L'observation n'est pas exacte. Avant que la part de l'actionnaire dans les réserves ait été représentée par un titre spécial, l'actionnaire ne pouvait réaliser cette part sans réaliser, du même coup, sa part dans le capital social. Il suit de là que, seule la distribution d'actions représentatives des réserves, après incorporation de celles-ci dans le capital nominal, procure à l'actionnaire, qui entend demeurer actionnaire, le moyen de toucher sa part dans les réserves. C'est donc la distribution envisagée qui fait passer du patrimoine social dans le patrimoine de l'associé les réserves, produits de son titre. Le fait de cette distribution tombe dès lors sous le coup de l'article 1 de la loi du 29 juin 1872.

274. Cependant, des conditions restrictives peuvent avoir été apportées à l'aliénation des actions, par une disposition explicite des statuts ou par une disposition qu'ils ont, par avance, implicitement autorisée.

de l'actionnaire et que c'est la vente ainsi opérée et non la remise du titre qui constitue la réalisation du bénéfice » (*Gaz. Pal.*, 1921-1-234, note sous Cons. de préf. de la Seine, 22 nov. 1920).

L'objection nous paraît vaine. Si la vente du titre est la cause immédiate du bénéfice, elle n'est qu'une cause seconde. La cause première est incontestablement la remise du titre à l'actionnaire par la société.

(1) *Gaz. Pal.*, 1911-1-644, note sous Cass., 3 avril 1911.

Dans ce cas, et pour autant que s'affirme l'indisponibilité, il est difficile de mettre en évidence un avantage actuel pour le bénéficiaire de la distribution des actions gratuites et de justifier ainsi directement l'imposition. Nous pensons néanmoins que, même quand elle est effectuée dans de telles conditions, la remise d'actions gratuites est soumise à l'application de l'article 1 de la loi du 29 juin 1872. Notre opinion se fonde sur une raison de fait. Il est nécessaire que l'impôt soit perçu au moment même de la distribution, parce qu'il ne peut raisonnablement l'être qu'à ce moment. A la dissolution de la société, en effet, la portion de l'actif social qui a été incorporée au capital social, et correspond au montant nominal des actions distribuées gratuitement, sera appréhendée par les possesseurs de ces actions comme un capital, comme un remboursement d'apport, et sera soustraite pour ce motif à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières. Or les sommes afférentes à ces actions ne doivent pas échapper à l'impôt, car elles constituent en réalité un excédent sur le montant des apports réellement effectués.

Si donc il est nécessaire qu'elles acquittent cet impôt, il semble indiqué qu'elles l'acquittent au moment où la société les met en distribution sous forme d'actions.

275. En résumé, chaque fois qu'une valeur provenant du patrimoine de la société passe dans le patrimoine de l'associé, sous quelque forme que ce soit (numéraire ou titre) il y a distribution de produits, au sens large où la loi du 29 juin 1872 entend ce mot. Cette distribution est sujette à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières à la

seule condition qu'elle procure à l'associé un avantage positif et ne se résoud pas simplement dans le remboursement d'un capital précédemment versé, dans le fonds social, du chef de l'action qui bénéficie de la distribution.

C'est ainsi que la condition exigée faisant défaut dans toute répartition, aux nouveaux actionnaires, de sommes prélevées sur des primes qu'ils ont précédemment versées dans les caisses sociales, ou d'actions gratuites libérées à l'aide de ces sommes, semblable répartition nous paraît devoir échapper à la taxe sur le revenu (1).

La distribution de ces mêmes sommes faite aux anciens actionnaires qui n'avaient pas versé les primes, ou aux porteurs de parts, soit en numéraire, soit sous la forme d'actions gratuites libérées, est assujettie au paiement de la taxe (2).

Si les sommes ou actions réparties constituent le prix de rachat des parts de fondateur, elles sont frappées à concurrence de l'excédent de la valeur originaire des parts.

276. La Cour de cassation soumet l'application de la taxe à la condition supplémentaire que les valeurs distri-

(1) Cf., en ce sens, la réponse de M. le Ministre des Finances à la question de M. Lesaché, député (question du 1^{er} juin 1926) *Journ. Off.*, du 16 juillet 1926, Ch. déb. parl., p. 2908.

(2) Pour les remises gratuites, aux anciens actionnaires, d'actions libérées au moyen de sommes provenant de primes, voyez la solution donnée en ce sens par la réponse ministérielle, citée à la note précédente.

buées aient le caractère de bénéfices vis-à-vis de la société distributrice (1).

Cette condition, nous l'avons dit (2), n'a pas d'assise dans la loi. En fait, dans la matière des distributions effectuées au moyen de fonds provenant des primes perçues par la société, la réglementation légale de la perception de la taxe n'est pas mise en échec par l'exigence arbitraire de la Cour de cassation, car cette même juridiction estime d'autre part que les primes sont des bénéfices réalisés par la société (3).

III. — LES DISTRIBUTIONS OPÉRANT LE REMBOURSEMENT ET L'AMORTISSEMENT DES ACTIONS. (Art. 80, L. 13 juillet 1925).

277. La prime peut encore être distribuée aux actionnaires, pour opérer le remboursement et l'amortissement total ou partiel des actions de capital.

L'impôt sur le revenu des valeurs mobilières est alors dû dans tous les cas — que les bénéficiaires de la distri-

(1) Cass. civ., 19 nov. et 17 déc. 1906, 7 nov. 1910 précités. Cf. *supra*, n° 49.

(2) *Supra*, n° 49 et 50.

(3) Cass. Req., 21 janvier 1920 (Arrêt précité, Cf., n° 52). Si à l'avenir, la Cour suprême, abandonnant une thèse qui n'est plus guère défendue, déniait à la prime le caractère de bénéfice social, les distributions faites par les sociétés, au moyen de fonds provenant de primes perçues, se trouveraient alors, dans tous les cas, soustraites à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières, à moins que la Cour ne revienne également sur la jurisprudence instituée par les arrêts de la Chambre civile des 19 novembre et 17 décembre 1906, précités (voyez *supra*, n° 49).

bution soient ou non les actionnaires qui ont autrefois versé la prime. — C'est l'effet de l'article 80 de la loi du 13 juillet 1925.

Cette loi soumet à l'impôt cédulaire « le montant des
« remboursements et amortissements totaux ou partiels
« que les sociétés... effectuent sur le montant de leurs
« actions, parts d'intérêts ou commandites, avant leur
« dissolution ou leur mise en liquidation. »

Cette disposition n'est pas applicable « aux amortisse-
« ments qui seraient faits par une réalisation d'actif et
« au moyen de prélèvements sur les éléments autres
« que le compte « profits et pertes », les réserves ou pro-
visions diverses du bilan (alinéa 2).

Elle n'est pas applicable non plus aux « sociétés dont les
« statuts prévoient l'amortissement obligatoire des ac-
« tions » (alinéa 4).

A la liquidation de la société, la répartition de l'actif
« entre les porteurs d'actions de jouissance et jusqu'à
« concurrence du pair des actions originaires sera consi-
« dérée comme un remboursement de capital non im-
«posable à l'impôt sur le revenu » (alinéa 6).

278. Supposons que les statuts n'ont pas prévu l'amortissement obligatoire des actions.

La condition relative à la nature des fonds employés aux remboursements et amortissements prévus est formellement réalisée, lorsque ces fonds proviennent de primes encaissées par la société.

Il est, en effet, incontestable que les primes ne proviennent pas d'une *réalisation d'actif* et que, quel que soit le

parti qu'on prenne sur leur nature, elles entrent nécessairement au bilan sous l'un des chapitres suivants : *profits et pertes, réserves, provisions diverses*.

Les remboursements effectués, durant le cours de l'existence sociale, au moyen des primes sont donc atteints par l'article 80 précité.

279. Cependant, nous pensons que l'assujettissement des remboursements ainsi opérés, à l'impôt cédulaire sur le revenu, dépasse les prévisions du législateur et n'a pas été voulu par lui.

En effet, il résulte très nettement des travaux préparatoires de la loi que celle-ci vise exclusivement les *bénéfices* distribués sous forme de remboursements de titres, car ces remboursements constituent, au fond, de véritables *distributions de bénéfices, des dividendes extraordinaires* (1).

Or, le caractère de bénéfice social de la prime est loin d'être si incontestable et si incontesté que le législateur ait pu se dispenser de faire connaître spécialement, au moins dans les travaux préparatoires, son intention de confondre les distributions de primes avec les distributions de bénéfices.

Quoiqu'il en soit, à raison des termes généraux de la

(1) Les explications de M. le rapporteur général précisent encore l'intention du législateur de frapper exclusivement les remboursements effectués au moyen des *bénéfices* ou des *revenus sociaux* « ...dans l'hypothèse où le remboursement est fait avec des *éléments d'actif*, c'est-à-dire avec ce que tout-à-l'heure j'appelais le produit d'une liquidation partielle et prématurée, il n'est pas douteux qu'il s'agit

loi, la solution positive paraît certaine : l'impôt cédulaire atteint, dans tous les cas, les distributions de primes faites dans les conditions prévues par l'article 80 de la loi du 13 juillet 1925.

d'un remboursement de capital, et notre texte ne s'applique pas.

Mais si nous envisageons maintenant, non plus le remboursement par des éléments d'actif provenant de cette liquidation partielle, il faut bien supposer que le remboursement ne pourra plus provenir que des bénéfices...

Alors, que sera ce remboursement obtenu par le moyen de bénéfices ? Ce sera précisément une distribution de bénéfices. Ce sera donc bien, dans cette hypothèse, une distribution de revenus qui auront été accumulés en vue de remboursements éventuels. Vous comprenez que c'est dans cette hypothèse que notre texte vaut. »

Cf. (*Journ. Off.*, 1925, Ch., déb. parl., p. 1282).

CHAPITRE II

LES DISTRIBUTIONS DE PRIMES AU REGARD DE LA LÉGISLATION RELATIVE À L'IMPÔT GÉNÉRAL SUR LE REVENU

I. — LES DISTRIBUTIONS EN ESPÈCES ET LES REMISES GRATUITES D'ACTIONS.

280. La loi du 15 juillet 1914, article 10, établit un impôt sur le revenu net annuel dont dispose le contribuable.

La prime distribuée aux associés, actionnaires ou porteurs de parts, en espèces ou sous forme d'actions nouvelles, constitue-t-elle, pour les bénéficiaires de la distribution, un revenu taxable, au titre de l'impôt général sur le revenu ?

281. Nous remarquons immédiatement que l'assiette de l'impôt général sur le revenu, établi par la loi de 1914, ne se confond pas avec l'assiette de l'impôt cédulaire sur le revenu des valeurs mobilières créé par la loi de 1872.

Les termes de la loi de 1914 sont plus restrictifs que ceux de la loi de 1872.

Tandis que la loi de 1872 atteint toute espèce de *produits* des titres, la loi de 1914 vise exclusivement le *revenu*

du porteur. Le Conseil d'Etat a reconnu et consacré le principe de la différence d'objet des deux impôts sur le revenu. Un arrêt du 28 janvier 1921 (D. P. 1921-3-9) a déclaré exempts de l'impôt général, les lots qui sont cependant atteints par l'impôt cédulaire. Comme d'autre part la loi de 1914 ne donne pas une définition spéciale et fiscale du revenu qu'elle frappe, il convient de s'en rapporter à la notion du revenu telle que l'a élaborée le droit civil (1).

A la différence de l'impôt cédulaire sur le revenu des valeurs mobilières qui est un impôt *réel*, frappant les *produits* des capitaux mobiliers au moment de leur distribution, avant même qu'ils n'aient été appréhendés par les associés, l'impôt général sur le revenu est un impôt *personnel* qui frappe le contribuable lui-même, à raison des revenus qu'il a effectivement perçus (loi du 15 juillet 1914, article 6).

282. La question dès lors est celle-ci : Les deniers de la prime distribuée doivent-ils être considérés comme constitutifs d'un revenu à l'égard du porteur des titres bénéficiaires de la distribution ?

Nous considérerons successivement trois hypothèses, suivant que les deniers, provenant de la prime perçue par la société distributrice, sont attribués :

a) aux porteurs de parts bénéficiaires en paiement du prix de rachat de leurs titres ou à titre d'émolument gratuit ;

(1) Cf. la note signée G. L., sous Conseil d'Etat, 28 janvier 1921 (D. P. 1921-3-9).

- b) aux anciens actionnaires à l'exclusion des nouveaux;
- c) à tous les actionnaires tant anciens que nouveaux.

283. Dans le premier cas que nous avons à envisager, une somme prélevée sur le montant des primes est attribuée par la société aux porteurs de parts bénéficiaires, à titre de prix de rachat de leurs titres.

Pour le porteur de parts rachetées, la somme constituée, dans son intégralité, un prix de vente, c'est-à-dire un *capital* et, s'il est vrai que la différence entre ce prix de vente et la valeur originaire des parts constitue un bénéfice, ce bénéfice demeure cependant un capital et, par conséquent, ne peut pas être un revenu (1).

(1) Cf. Cons. Préf. de la Seine, 24 mars 1924 (*Gaz. Pal.*, 1924-1-573) et les conclusions de M. le commissaire du gouvernement Garrigou. En l'espèce, il s'agissait de la vente d'un fonds de commerce réalisée avec un bénéfice.

Le vendeur ne se livrant pas habituellement au trafic des fonds de commerce, la cession en question était une opération isolée.

Le conseil de préfecture a décidé que l'augmentation de valeur du fonds de commerce cédé dans ces conditions « *présente le caractère d'un accroissement de capital et non d'un revenu, c'est-à-dire d'un produit périodique ou occasionnel de cette source de revenus, et par suite le profit pécuniaire tiré de la vente d'un fonds ne peut entrer en compte pour le calcul de l'impôt sur le revenu...* »

De même, le porteur de parts, à qui la société rachète ses titres, ne se livre pas habituellement pour autant au trafic des titres ; la cession réalisée demeure pour lui également une opération isolée et il nous paraît qu'on peut appliquer à l'augmentation de valeur des parts cédées, autrement dit au bénéfice réalisé par le vendeur des parts, ce que le conseil de préfecture dit du bénéfice réalisé par le vendeur du fonds de commerce, dans l'espèce résolue,

284. De même, si les porteurs de parts se voient attribuer gratuitement des sommes prélevées par la société sur les primes perçues par elle, nous ne pensons pas qu'ils soient redevables de ce chef de l'impôt général sur le revenu pour les sommes ainsi touchées. •

Nous remarquons, en effet, que, dans la rigueur des principes, les primes doivent appartenir exclusivement aux actionnaires. En particulier, les porteurs de parts n'y ont aucun droit.

Par ailleurs, la part de fondateur ne confère qu'un droit aux bénéfices réalisés par la société. Or, nous dénonçons à la prime le caractère de bénéfice pour la société. Pour cette raison encore, les parts n'ont aucun droit à venir au partage des primes.

Dès lors, l'attribution qui leur en est faite est essentiellement facultative et aléatoire. Les sommes ainsi touchées par le porteur de parts ne constituent pas pour lui un revenu de son titre, le revenu étant pour le moins le produit *normal* d'un fonds capital.

285. Distribuée aux anciens actionnaires exclusivement ou aux anciens et aux nouveaux, la prime constitue-t-elle un revenu imposable au titre de l'impôt général ?

L'action est un titre qui donne droit à la propriété d'une quote part du fonds social et des produits de ce fonds.

Le fonds producteur, le capital de l'actionnaire, est donc une fraction du fonds social, déterminée par le nombre d'actions qu'il possède. Les revenus de l'actionnaire sont constitués par la même fraction des produits engendrés par le fonds social,

Cela étant, la prime mise en distribution est-elle un produit engendré par le fonds social, autrement dit un revenu, ou bien, prélevée sur le fonds social lui-même, constitue-elle un capital ?

286. Nous observons que l'émission d'actions nouvelles devant concourir, avec les mêmes droits que les anciennes, sur les réserves ne diminue en rien la masse de ces réserves.

Si, en effet, les réserves étaient distribuées après l'émission, elles seraient, certes, distribuées avec un émiettement plus grand, mais elles seraient distribuées sans aucune perte de masse globale. Cet émiettement qui diminue leur émolument, fait tort aux actions anciennes. On leur évite cette conséquence nuisible en imposant aux nouvelles, le versement compensateur de la prime.

Les deux espèces de titres jouissent alors, et équitablement, des mêmes droits. Il en résulte que ces titres ont même valeur.

287. La valeur du titre nouveau se trouve portée à la hauteur de celle du titre ancien, par l'intégration d'un seul coup, dans la première, d'une plus-value égale à la plus-value acquise par la seconde. Cette plus-value est constituée par la différence entre la valeur réelle de l'action ancienne, valeur conservée au lendemain de l'augmentation de capital, et sa valeur nominale, qui était initialement sa valeur réelle.

Cette plus-value est donc une différence ou un *accroissement de capital*

La prime est le versement qui a procuré à l'actionnaire nouveau cet accroissement de capital. En effectuant ce versement, l'actionnaire nouveau a déboursé une somme *capitale*, que la société a encaissée également comme *capitale*.

La prime, en effet, ne provient pas directement, pour la société qui la reçoit, du fonctionnement de l'entreprise, elle n'est pas un produit de fonds social en activité (1).

Donc, la prime, perçue par la société, s'agglomère au fonds social, s'y intègre comme *capital*.

288. D'autre part, ce capital ne prend pas ultérieurement la nature de produit ou de revenu social.

Quel événement serait, en effet, capable de transformer la nature de capital de la somme appréhendée par la société, en nature de revenu ?

La prime n'est pas affectée, par la société, à combler un déficit dans les bénéfices ou dans les réserves puisque, nous l'avons remarqué, ce déficit n'existe pas. Autrement dit, il n'y a pas place, dans la masse des bénéfices ou des réserves, pour un élément suppléant qui, prenant la place

(1) La prime n'est due que tout-à-fait indirectement au fonctionnement de l'entreprise. Elle provient immédiatement du fait de l'augmentation de capital, qui l'a nécessitée. Or, il ne faut pas confondre l'œuvre interne par laquelle la société travaille à se constituer elle-même, comme est une augmentation de capital, avec l'œuvre externe, en vue de quoi elle s'est constituée, comme est l'objet de l'entreprise. C'est de la seconde œuvre seulement que naissent, à proprement parler, les produits de l'entreprise.

de l'élément suppléé, en prendrait aussi la nature (1). C'est donc avec sa nature propre de versement acquisitif ou indemnitaire, suivant qu'on le contemple avec les actionnaires nouveaux ou avec les actionnaires anciens, que la prime demeure dans le fonds social. Ne pouvant changer ni de provenance, ni de rôle, la prime ne peut pas changer de caractère. Durant son séjour dans le fonds social, elle reste un capital.

Lorsqu'elle sera distribuée à l'actionnaire ancien, celui-ci encaissera l'indemnité, qu'il n'avait pas cessé de discerner en elle, en la distinguant dans le fonds social.

Cette indemnité ne sera pas soumise à l'impôt général sur le revenu (2).

289. Enfin il arrive, en pratique, que les nouveaux actionnaires sont appelés au même titre que les anciens, à participer à la distribution des primes qu'ils ont eux-mêmes fournies à la société.

Les raisons que nous venons de développer suffisent à établir que les sommes ainsi distribuées échappent à l'impôt général sur le revenu.

Au surplus, il est admis que les primes distribuées aux

(1) La prime, en effet, ne *tient* pas lieu de réserve, comme on le dit quelquefois dans un langage malheureux.

Elle pourrait s'y ajouter par l'effet d'une sorte d'aménagement que se permettrait le propriétaire. Ce cas est en dehors de notre hypothèse.

(2) Pour une même cause productrice, le paiement d'une indemnité n'est pas, de par sa nature même, susceptible de se renouveler. A la différence du revenu, l'indemnité n'est pas : « *quidquid ex re nasci et renasci solet* ».

actionnaires qui les ont autrefois versées échappent à l'impôt cédulaire sur le revenu des valeurs mobilières. A fortiori, échappent-elles à l'impôt général sur le revenu, dont les conditions d'application sont plus rigoureuses ?

290. Il n'importe pas d'ailleurs à nos solutions que les sommes prélevées sur les primes, au lieu d'être réparties hic et nunc, aient séjourné au préalable dans un fonds de réserve. Un simple mélange de fait de la prime et des réserves ne saurait avoir la vertu d'entraîner une confusion de droit. C'est pourquoi, tant qu'elles n'ont pas perdu, en fait, leur individualité propre, tant qu'elles sont encore reconnaissables dans l'actif social, tant que leur comptabilisation, notamment, les distingue encore au milieu des réserves, nous nous refusons à assimiler les primes à des bénéfices mis en réserve (1) et à appliquer à leur distribution les solutions données par la jurisprudence en matière de distribution de réserves (2).

(1) Cette solution a été donnée explicitement par la décision précitée (supra, n° 122) de la Commission supérieure des bénéfices de guerre, en date du 31 janvier 1919 (*Rev. de la Cont. sur les bénéf. de guerre*, 1920, p. 45, art. 514).

« Considérant, dit cette décision, qu'il n'est pas contesté que les primes d'émission soient distinctes du capital social, qu'elles soient portées aux réserves et qu'ainsi leur emploi soit libre. Mais considérant qu'il ne résulte aucunement de ce fait qu'elles constituent un bénéfice; Considérant que ce qui caractérise en droit la réserve ce n'est pas d'être formée de bénéfices accumulés, puisque le commerçant seul n'en possède point, mais de constituer un excédent de capital engagé, par rapport au capital social, excédent qui est libre et disponible, tandis que le capital social est fixe et indisponible ».

(2) Voyez pour ces solutions :

Cons. d'Etat (au contentieux) 15 fév. 1923, deux arrêts.

Une fois encore, se révèle ici la nécessité, d'ordre rationnel, de verser les primes à un fonds de réserve spécial, dont la répartition entre les actionnaires ne soit pas soumise au régime des distributions de bénéfices, constituants ordinaires des réserves communes, et ne puisse pas, notamment, donner ouverture au paiement de l'impôt général sur le revenu.

II. — LES DISTRIBUTIONS OPÉRANT LE REMBOURSEMENT ET L'AMORTISSEMENT DES ACTIONS (ART. 80, L. DU 13 JUILLET 1925).

291. Les primes distribuées aux porteurs d'actions, pour opérer le remboursement et l'amortissement de leurs titres, dans les conditions prévues par l'article 80 de la loi du 13 juillet 1925, sont frappées de l'impôt général sur le revenu par une disposition légale formelle (L. 13 juillet 1925, art. 80, al. 3) (1).

Rev. des Soc., 1923, p. 237 ; *Gaz. Pal.*, 1923-1-399 ; *D. P.* 1923-3-9, avec les conclusions de M. le commissaire du gouvernement Andrieux et une note de M. L. Trotabas. — Cons. d'Etat (au contentieux), 27 juil. et 22 nov. 1923, *Gaz. Pal.*, 1924-1-256.

Nous estimons d'ailleurs que les réserves ont le caractère de capitaux, au moment de leur distribution. A défaut d'un texte la visant spécialement, cette distribution en capital ne peut pas donner ouverture au paiement d'un impôt établi exclusivement sur le revenu. Voyez, dans ce sens, notamment : note G. L., (*précitée, supra* p. 279 note 1) au *D. P.* 1921-3-10 et les références de doctrine et de jurisprudence données. — Trib. civ. Seine, 1^{er} avril 1922, *D. P.* 23-2-45. — Em. Besson, *Tr. prat. des Imp. céd.*, op. cit., n° 530, p. 407, § 1. — *Rev. des Soc.*, 1923, p. 238 à 241, note de M. B. Auger. voy., notamm., p. 240-241.

(1) Si cette solution nous paraît certaine en droit positif, elle ne nous semble cependant ni rationnelle, ni même conforme à l'esprit de la loi. Voyez les observations que nous formulons *supra*, n° 279.

CHAPITRE III

LA PRIME PERÇUE PAR LA SOCIÉTÉ ET L'IMPÔT SUR LES BÉNÉFICES INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX

292. Les primes encaissées par une société, lors de l'émission de son capital originaire ou lors d'une augmentation de capital, entrent-elles en compte pour la détermination du bénéfice soumis à l'impôt cédulaire établi sur les bénéfices industriels et commerciaux par les articles 2 et suivants de la loi du 31 juillet 1917 ?

La réponse est négative.

293. En fait, le fisc s'abstient de percevoir ledit impôt sur les primes. De plus, le ministre des Finances consulté a donné la réponse suivante : « De même qu'en matière
« de contribution extraordinaire sur les bénéfices de
« guerre (1), il n'y a pas lieu, dans le cas d'une société

(1) La loi du 1^{er} juillet 1916, qui établissait une contribution extraordinaire sur les bénéfices de guerre, n'est plus en vigueur. C'est pourquoi, en ce qui concerne son application à la matière des primes encaissées par les sociétés, nous nous bornerons à rappeler que la réponse du ministre, citée au texte, avait été précédée par la décision précitée de la Commission supérieure des Bénéfices de guerre du 31 janvier 1919 (*supra*, n° 122) qui, déniait à la prime le caractère de bénéfice réalisé par la société, refusait spé-

« par actions augmentant son capital par l'émission
« d'actions avec prime, de considérer comme un bénéfice
« passible de l'impôt sur les bénéfices industriels et com-
« merciaux, le montant des primes versées par les sous-
« cripteurs des nouvelles actions » (1).

Ces solutions de la pratique administrative corroborent la thèse que nous défendons, d'après laquelle la prime ne constitue pas un bénéfice pour la société.

cialement d'en tenir compte pour la détermination du « bénéfice normal » en vue de l'application de la loi du 1^{er} juillet 1916.

D'autre part, le ministre des finances a donné la réponse suivante :

« D'après la jurisprudence de la commission supérieure, lorsqu'une société par actions accroissant son capital procède à l'émission d'actions au-dessus du pair, le montant des primes versées par les souscripteurs des nouvelles actions ne doit pas être considéré comme constituant pour la société un bénéfice susceptible d'être retenu comme tel pour la fixation des bases de la contribution extraordinaire. » (*Journal officiel*, 1920, Ch., déb., parl., p. 1329).

Enfin, la question fut encore résolue dans le même sens par les décisions de la Commission supérieure du 3 novembre 1921, 5 février et 23 avril 1924, par l'arrêt précité du Conseil d'Etat du 24 mars 1926 (*supra*, n° 178) et par un arrêt du Conseil d'Etat du 22 janv. 1926, *D. H.* 1926, 182.

V. encore sur la matière, Commission supérieure, 23 avril 1921, *Revue des Impôts sur le commerce et l'industrie*, 1923, n° 1096, p. 102. Houpin et Maguéro, *op. cit.*, n° 57.

Besson, *Tr. prat. de la contrib...* *op. cit.*, n°s 112 et 184. Binet, *op. cit.*, *Rev. Enreg.*, 1920, art. 7146 p. 553.

(1) *Journal Officiel* du 7 février 1922.

Question et réponse rapportées au *Journ. des Soc.*, 1922, p. 476.

CHAPITRE IV

LA PRIME AU REGARD DE LA LEGISLATION RELATIVE AU DROIT DE TIMBRE

294. Les articles 14 et 22 de la loi du 5 juin 1850 établissent, sur les titres ou certificats d'actions, à la charge des sociétés, un droit de timbre proportionnel au capital *nominal* de ces titres ou certificats d'actions.

L'article 72 de la loi du 13 juillet 1925 prescrit d'ajouter le montant de la prime d'émission, au capital nominal de l'action, pour le calcul du droit de timbre (1).

On ne saurait nier que, dans ce dernier texte, la prime est considérée implicitement comme un apport du souscripteur.

Nous ne croyons pas cependant qu'on soit autorisé à fonder sur ce seul article d'une loi qui, remarquons-le, est une loi de budget, la conclusion que la prime est un apport, au point de vue du droit positif.

295. Nous ajoutons que l'article 72 de la loi précitée

(1) V. pour l'application de ce texte, l'instruction de l'administration de l'Enregistrement du 15 juillet 1925 ; *Rev. dr. fisc. et comm.*, 1925, p. 420.

est le seul texte législatif français relatif à la prime d'émission (1).

(1) V. dans la *Rev. des Soc.* de 1926, p. 9, une note suggérant aux sociétés le parti qu'elles pourraient tenter de tirer de ce texte, dans leurs relations avec le fisc.

CONCLUSION

296. Nous voici parvenus au terme de notre étude.

Nous n'avons pas eu, certes, l'ambition d'épuiser la matière et nous n'avons pas davantage l'illusion de ne proposer que des solutions définitives.

Puissions-nous avoir au moins réussi à montrer la réalité du problème de la prime et à découvrir les erreurs qui vicient certaines conclusions auxquelles il a donné lieu, imposées à leurs auteurs par des convenances de fait, plutôt que par des nécessités d'ordre juridique.

297. Nous n'avons guère de données sur l'histoire de la prime. où et sous quelle forme cette institution a-t-elle pris naissance ? A-t-elle été introduite en France par Law, que son talent et son expérience désignent pour cette initiative ? Il appartient aux historiens de discuter cette hypothèse.

298. Nous avons interrogé la jurisprudence et les auteurs sur la nature juridique de la prime.

La jurisprudence est préoccupée d'assurer le triomphe des prétentions fiscales, quelque contradictoires qu'elles soient.

Si nous mettons à part quelques sérieux travaux étran-

gers, les auteurs se sont peu intéressés à l'objet de notre étude. Leur effort s'est généralement borné à de brefs commentaires de décisions judiciaires ou à de brèves notations dans le cours d'ouvrages généraux.

Pour ruiner le concept de la prime bénéfice social, dont elle saisissait la fausseté, la doctrine a cru ne pouvoir mieux faire qu'affirmer à l'opposé la nature d'apport de la prime.

D'abord indiscutée, cette solution a bientôt paru indiscutable. Elle eut pour elle la majorité des auteurs, toujours séduite par la simplicité des thèses extrêmes.

Mais les faits se retournent contre tout système erroné. C'est ainsi que le fisc prétend tirer, d'une assimilation de la prime avec l'apport social proprement dit, des conséquences plus favorables à ses intérêts que satisfaisantes au point de vue du droit ou même simplement conformes à ses errements. Mais déjà, la jurisprudence du Conseil d'Etat et certains auteurs paraissent vouloir abandonner la thèse de la prime apport social.

299. Nous nous sommes efforcés de donner de la prime et des manifestations contractuelles qui y obligent des définitions qui respectent la volonté manifestée par les parties, de distinguer le versement de la prime de l'apport du nominal, et de corriger, par une stipulation accessoire et distincte, le jeu des règles de la société.

Il nous est apparu, d'autre part, que la fonction économique de la prime, sa raison d'être, exigeait que l'émolument en soit réservé aux seuls actionnaires et, par conséquent, que les deniers en provenant, soient versés à un

fonds de réserve spécial, soustrait à l'appréhension gratuite de tous autres intéressés dans les résultats de l'entreprise.

300. Si l'on excepte l'article 72 de la loi du 13 juillet 1925, relatif au droit d'abonnement au timbre, texte sans importance doctrinale, le législateur n'est pas intervenu en cette matière. Puisse-t-il prolonger son abstention, afin de ne pas arrêter, ou contrarier, le travail de discussion que requiert la lente élaboration des solutions justes.

Nous ne saurions mieux traduire notre sentiment sur ce point qu'en empruntant à M. A. Frémery, avocat à la Cour royale de Paris, au siècle dernier, les quelques lignes par lesquelles nous terminons. Nous voulons ainsi rendre hommage à un auteur, qui savait à la fois bien penser et bien écrire, pour le plaisir singulier que nous avons trouvé à le lire.

M. A. FRÉMERY écrit (*op. cit.*, p. 7) :

« On s'est accoutumé à considérer le législateur comme à l'*ultima ratio* qui doit donner à toutes les controverses
« une solution définitive ; on discute mais seulement en attendant que *la loi ait parlé*. Quand il se présente une
« question ardue, ce n'est pas le jurisconsulte, c'est le
« législateur que chacun appelle à son aide.

« Dans la discussion des projets de nos Codes, nous voyons à chaque instant nos législateurs, bien persuadés, comme Justinien, qu'il leur appartient de décider
« les questions controversées, comme chose tout-à-fait
« arbitraire, ne soupçonnant pas une seule fois que la

« décision gît dans une déduction absolument nécessaire,
« et que ce qui peut leur arriver de mieux quand ils font
« de leur décision un article de loi, c'est de dire une chose
« inutile en rencontrant juste. »

VU : *Le Président,*
J. PERCEROU.

VU : *Pour le Doyen en mission :*
L'Assesseur,
H. TRUCHY.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLÉTY.

TABLE DES MATIÈRES

Numéros		Pages
	Bibliographie	IX
	Abréviations	XXI

INTRODUCTION

CHAPITRE I

1-7	<i>Définition de l'expression « prime d'émission »</i>	1
-----	--	---

CHAPITRE II

La fonction économique de la prime.

8-11	I. — La prime perçue lors d'une augmentation de capital. — Une formule de son taux	7
12	II. — La prime perçue lors de la fondation de la société	11

CHAPITRE III

Aperçu historique sur l'origine de la prime.

13-14	I. — Les grandes Compagnies de colonisation	12
-------	---	----

Numéros		Pages
15-19	II. — L'Edit de mai 1719 ; émissions d'actions à prime de la Compagnie des Indes	15
20-26	III. — La prime dans l'Edit de mai 1719.	19
27	<i>Plan de l'ouvrage</i>	26

LIVRE I

DE LA NATURE JURIDIQUE DE LA PRIME

TITRE I

La prime constitue-t-elle un bénéfice réalisé par la société ?

CHAPITRE I

28	<i>En France</i>	29
29-37	I. — Exposé de la jurisprudence en matière civile. — Critique de son argumentation et de ses solutions	30
38-42	II. — Analyse de la notion de bénéfice..	39
43-46	III. — La prime n'est pas un bénéfice réalisé par la société	43
47-50	IV. — La législation relative à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières.....	47
51-54	V. — La jurisprudence en matière fiscale. — Appréciation critique.....	51

CHAPITRE II

En Italie.

55-58	I. — La jurisprudence.....	56
59-68	II. — Analyse de l'arrêt des Chambres Réunies de la Cour de Cassation de Rome du 19 février 1910	60
69-87	III. — La doctrine. — Thèse de M. Bonelli. Thèse de M. Manara	67
88	IV. — La loi	83

CHAPITRE III

En Belgique.

89-101	I. — La jurisprudence.....	84
102-109	II. — La doctrine. — Thèse de M. J. Cor- biau. — Thèse de M. L. Wodon.....	97
110-113	III. — La loi. — Jurisprudence contraire	104

CHAPITRE IV

114	<i>En Allemagne et au Luxembourg.....</i>	108
115-120	La jurisprudence	108

TITRE II

**La prime constitue-t-elle un apport
en société ?**

CHAPITRE I

121-135	<i>Jurisprudence et doctrine françaises....</i>	114
---------	---	-----

CHAPITRE II

136-148	<i>La prime n'est pas un apport. — Inadmissibilité d'une conception fiscale de l'apport</i>	134
---------	---	-----

CHAPITRE III

La prime et les droits proportionnels d'enregistrement.

149-157	I. La prime n'est pas assujettie au droit d'apport	151
158-163	II.— Les conventions relatives à la prime échappent au droit proportionnel	161

TITRE III

**Théorie de l'affectation spéciale
et du mandat**

164-177	Exposé de cette théorie. Elle ne conduit pas à soustraire la prime au droit d'apport	167
---------	--	-----

TITRE IV •

**Définition de la prime
Analyse de la convention qui y oblige**

CHAPITRE I

178-180	<i>Revirement de la jurisprudence et de la doctrine sur l'interprétation de la nature de la prime</i>	181
---------	---	-----

CHAPITRE II

181-193	<i>Le droit de souscrire par préférence et la prime charge du droit de souscrire....</i>	187
---------	--	-----

CHAPITRE III

194	<i>Analyse de la convention relative à la prime</i>	199
195	<i>I. — La convention relative à la prime est extérieure au contrat de société.....</i>	199
196-199	<i>II. — Cas où la prime est soustraite aux risques sociaux pour être distribuée aux anciens actionnaires</i>	201
200-219	<i>III. — Cas où la prime est intégrée dans le patrimoine social pour appartenir à tous les actionnaires</i>	205
220-233	<i>IV. — Le défaut de cause de l'obligation du débiteur de la prime.....</i>	219

LIVRE II

DU RÉGIME DE LA PRIME

TITRE I

Le régime de la prime au point de vue civil

CHAPITRE UNIQUE

Emplois possibles de la prime. — Critique des errements de la pratique.

234-252	<i>I. — Affectation de la prime perçue lors</i>
---------	---

Numéros		Pages
	d'une augmentation de capital. — Emplois normaux de cette prime.....	233
253-258	II. — Affectation de la prime perçue à la fondation de la société.....	253
259-260	III. — Contradiction de la pratique....	256

TITRE II

Le régime de la prime au point de vue fiscal

CHAPITRE I

Les distributions de primes au regard de la législation relative à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières.

261-267	I. — Les distributions en espèces.....	259
268-276	II. — Les remises gratuites d'actions....	264
277-279	III. — Les distributions opérant le remboursement et l'amortissement des actions (art. 80, L. 13 juillet 1925).....	274

CHAPITRE II

Les distributions de primes au regard de la législation relative à l'impôt général sur le revenu.

280-290	I. — Les distributions en espèces et les remises gratuites d'actions.....	278
291	II. — Les distributions opérant le remboursement et l'amortissement des actions (art. 80, L. 13 juillet 1925).....	286

Numéros		Pages
CHAPITRE III		
292-293	<i>La prime perçue par la société et l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux</i>	287
CHAPITRE IV		
294-295	<i>La prime au regard de la législation relative au droit de timbre</i>	289
296-300	CONCLUSION	291
	Table des matières	295

ERRATA ET ADDENDA

P. xvi, 18^e ligne. — *Au lieu de* 1290, *lire* 1920.

P. xvii, 13^e ligne. — *Au lieu de* axioni, *lire* azioni.

P. 15, 7^e ligne à partir du bas. — *Au lieu de* céder à son Privilège, *lire* céder son Privilège.

11^e ligne à partir du bas. — *Au lieu de* été, *lire* esté.

P. 34, 9^e ligne à partir du bas. — *Au lieu de* arpès, *lire* après.

P. 37, 15^e-16^e lignes. — *Au lieu de* bénéficiaides, *lire* bénéficiaires.

22^e ligne. — *Au lieu de* et provenant, *lire* en provenant.

P. 51, 8^e ligne à partir du bas. — *Au lieu de* le juges, *lire* les juges.

P. 55, 10^e ligne. — *Au lieu de* résoudre., *lire* résoudre ».

P. 58, 3^e ligne et 5^e ligne à partir du bas. — *Au lieu de* riv. del dir., *lire* riv. di dir.

6^e ligne à partir du bas. — *Lire* : *For. it.*, 1908-1, 784. S^{ta} Oleificio Pavese c. Finanze.

P. 59, 18^e-19^e lignes. — *Au lieu de* impossibilita, *lire* impossibilita.

P. 63, 2^e ligne à partir du n^o 63. — *Au lieu de* e tle ofnds, *lire* et le fonds.

P. 71, 2^e ligne à partir du bas. — *Au lieu de* p. 54, *lire* p. 15.

P. 111, 7^e ligne à partir du bas. — *Au lieu de* considéré, *lire* considérée.

P. 116, 6^e ligne à partir du bas. — *Au lieu de* 16 février 1865, *lire* 16 février 1885.

Dernière ligne. — Ajouter: Voyez aussi infra, p. 238. note 1.

P. 122, 2^e ligne, à partir du bas. — *Au lieu de*: soit, d'ailleurs, *lire* soit d'ailleurs.

P. 128, 5^e ligne. — *Au lieu de* additionnant, *lire* s'additionnant.

P. 145, 3^e ligne à partir du bas. — *Au lieu de* sociétés, *lire* associés.

P. 147, 18^e ligne. — *Au lieu de* vue, *lire* vu.

P. 148, 2^e ligne à partir du bas. — *Au lieu de* du tribunal, *lire* au tribunal.

P. 152, 5^e ligne, à partir du bas. — *Au lieu de* ou, *lire* et.

P. 156, 4^e ligne, à partir du bas. — *Au lieu de* (3), *lire* (1).

P. 164, 7^e ligne. — *Au lieu de* (2), *lire* (1).

3^e ligne, à partir du bas. — *Au lieu de* (1), *lire* (2).

P. 175, 6^e ligne. — *Au lieu de* interprétation, *lire* interposition.

P. 176, 3^e ligne à partir du bas. — *Au lieu de* mandataires, *lire* mandants.

P. 186, 3^e ligne. — *Au lieu de* (2), *lire* (1).

P. 188, dernière ligne. — *An lieu de* 213 *lire* 214.

P. 194, 6^e ligne à partir du bas. — Supprimer la ligne.

P. 203, 6^e ligne, à partir du bas. — *Devant* Pothier *ajouter* **199**.

P. 209, 4^e-5^e lignes. — *Au lieu de* accompagné, *lire* accompagnée.

P. 228, 7^e ligne à partir du bas. — *Au lieu de* 219, *lire* 218

P. 239, 13^e-14^e lignes. — *Supprimer*: puisque la réserve légale fait alors une partie des primes.

P. 262, 3^e ligne. — *Au lieu de* si la société n'a pas voulu, *lire* la société n'a pas pu vouloir.

P. 264, 2^e ligne, à partir du bas. — *Au lieu de* 32;395, *lire* 32.395.

P. 271, dernière ligne. — *Au lieu de* notre, *lire* note.

P. 285, 4^e ligne. — *Supprimer*: ?

ERRATUM ET ADDENDUM

P. 116, note 1. — *Au lieu de 16 février 1865, lire 16 février 1885.*

Ajouter à la fin de la note : Voy. aussi infra p. 238, note 1, in fine.

